

# Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

número 14 | junho 2023



ISSN 2446-9319



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



# **REVISTA POPULUS**

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

REVISTA POPULUS 2023.1

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA  
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

1ª Avenida do Centro Administrativo da Bahia, nº 150, CEP 41.745-901 – Salvador-BA  
Tel.: (071) 3373-7445/7188/7156/7376

Presidente

Roberto Maynard Frank

Vice-Presidente e Corregedor

Abelardo Paulo da Matta Neto

Membros do Tribunal

Vicente Oliva Buratto

José Batista de Santana Júnior

Arali Maciel Duarte

Pedro Rogério Castro Godinho

Moacyr Pitta Lima Filho

Procurador Regional Eleitoral

Fernando Túlio da Silva

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Roberto Maynard Frank

Coordenadora da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Anabel Souza Amorim

As ideias e as opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Populus / Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Escola Judiciária Eleitoral - nº 14, 2023.1

- Salvador: Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, 2023

- Semestral

ISSN 2446-9319 (meio físico)

ISSN 2675-195X (meio eletrônico)

1. Direito Eleitoral – Periódico. 2. Direito Constitucional. 3. Ciência Política. 4. Filosofia Política- ca. 5. Sociologia Política.

I. Bahia. Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Escola Judiciária Eleitoral.



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA

## REVISTA POPULUS



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

**Salvador**

n. 14, 2023.1, Junho 2023

## REVISTA POPULUS

ISSN 2446-9319 (meio físico). INSS 2675-195X (meio eletrônico)

Publicação semestral (Junho)

Linha editorial: Propiciar permanente reflexão acadêmica na seara do Direito Eleitoral e nas áreas do conhecimento que o circundam, como a Ciência Política, a Filosofia Política e a Sociologia Política, mediante a divulgação de artigos de juristas, cientistas sociais, filósofos e operadores do direito sobre temas que vicejam no cenário político-eleitoral.

### EDITORES RESPONSÁVEIS

Dr. Jaime Barreiros Neto

M.<sup>a</sup> Marta Cristina Jesus Santiago

### CONSELHO EDITORIAL

Dra. Ana Carolina Fernandes Mascarenhas (BA)	Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)
Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Dra. Marilda de Paula Silveira (MG)
Dr. Carlos Rátis (BA)	Ma. Marta Cristina Jesus Santiago (BA)
Dr. Dirley da Cunha Júnior (BA)	Ma. Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer (BA)
Me. Fernando Leal (BA)	Dr. Paulo Fábio Dantas Neto (BA)
Dr. Florian Grotz (Alemanha)	Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (CE)
Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (RS)	Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (BA)
Dr. Jaime Barreiros Neto (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Jairo Nicolau (RJ)	Dra. Suzana Maria C. L. T. da Silva (Portugal)
Dr. Jorge Miranda (Portugal)	Dr. Sérgio Silveira Banhos (DF)
Me. Josafá da Silva Coelho (BA)	Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (DF)
Dr. José Ricardo Ferreira Cunha (RJ)	Dr. Vitalino José F. Prova Canas (Portugal)
	Dr. Wilson Alves de Souza (BA)

### PARECERISTAS

Dra. Ana Cláudia Santano (PR)	Me. Máira de Barros Domingues (PA)
Me. Bruno Cezar Andrade de Souza (DF)	Dr. Júlio César de Sá da Rocha (BA)
Dr. Cláudio André de Souza (BA)	Ma. Lara Marina Ferreira (MG)
Me. Cláudio Alberto Gusmão Cunha (BA)	Dra. Maria Benedita Urbano (Portugal)
Me. Cristian Patric de Sousa Santos (BA)	Dr. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (SC)
Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (DF)	Dr. Marcelo Weick Pogliese (PB)
Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (BA)	Dra. Marilda de Paula Silveira (MG)
Me. Diogo Assis Cardoso Guanabara (BA)	Dr. Maurício Requião (BA)
Dra. Elaine Harzeim Macedo (RS)	Ma. Michelle Pimentel Duarte (PI)
Dra. Eleonora Schettini Martins Cunha (MG)	Dra. Roberta Maia Gresta (MG)
Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch (BA)	Me. Rogério Carlos Born (PR)
Dra. Fernanda Ravazzano (BA)	Dr. Rodolfo Viana Pereira (MG)
Dr. Frederico Franco Alvim (SP)	Dra. Salete Maria da Silva (BA)
Dr. Gabriel Marques da Cruz (BA)	Dra. Suzana Maria C. L. T. da Silva (Portugal)
Dr. Humberto Dantas (SP)	Me. Vitor de Andrade Monteiro (AL)
Dr. Josafá Silva Coelho (BA)	Me. Volgane Oliveira Carvalho (PI)

Capa

Felisberto da Silva Bulcão Filho

Editoração e projeto gráfico

Camila Guerra de Araújo e França

Revisão e normalização técnica

Andrea Fabiana de Medeiros Pereira

Jonas Fernandes Pereira

Tiragem deste número em meio físico: 50

## APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral da Bahia, honrosamente, oferece ao público a décima quarta edição da Revista Populus, apresentando, mais uma vez, textos de grande relevância para o estudo e a compreensão do Direito Eleitoral e Político.

Abordando tema constitucional ainda bastante controverso na doutrina, embora já enfrentado pela jurisprudência do STF, João Paulo Oliveira discorre, de forma instigante, sobre a questão da retrospectividade das inelegibilidades à luz da Lei da Ficha Limpa e do RE 929670.

Também abordando a temática da interpretação dos direitos políticos à luz da atuação do Supremo Tribunal Federal, Ana Paula Viana Barmann aborda o tema da aplicação da teoria externa pelo Supremo Tribunal Federal no caso de suspensão dos direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado e sua relação com o populismo, colaborando para uma reflexão crítica acerca do exercício da jurisdição constitucional em matéria eleitoral no Brasil.

Luis Cláudio Coni, por sua vez, também discorrendo sobre jurisdição constitucional, questiona e apresenta argumentos extremamente qualificados acerca da existência ou não de uma correlação entre jurisdição constitucional e ativismo judicial, em trabalho que apresenta importantes parâmetros para o estabelecimento de fronteiras balizadoras a esta temática.

Elenice Ribeiro Nunes dos Santos, Clara Oliveira de Holanda Cavalcante e Stephanie dos Santos Silva, por outro lado, discorrem sobre tema eleitoral de grande atualidade, objeto de estudos cada vez mais aprofundados: o tema das ações afirmativas em prol da participação feminina em cargos eletivos no Brasil, traçando estudo sobre impactos, conquistas, empecilhos e incentivos a estas políticas públicas.

Também discorrendo sobre tema atual e instigante do Direito Eleitoral, Rogério Born e Sandro Martins Correia apresentam ao leitor texto analítico sobre as perspectivas e os reflexos das federações partidárias no sistema político nacional atual e vindouro.

Ainda buscando contribuir para a reflexão acerca do tema da jurisdição constitucional em matéria eleitoral, o presente volume da Revista Populus oferece ao público a publicação de texto desenvolvido por Vitor de Andrade Monteiro em parceria com Rafael Rubio Nuñez acerca da atuação dos organismos eleitorais ibero-americanas em decisões de caráter constitucional.

Finalmente, na sessão memória, a Revista Populus presta homenagens a dois grandes baianos, cujas obras ressoam com destaque especial neste ano de 2023: o primeiro deles, o poeta Castro Alves, que nos brinda com o histórico poema “Ode ao Dous de Julho”, simbolicamente significativo neste momento de comemoração dos 200 anos da Independência da Bahia; o segundo, o grande jurista Ruy Barbosa, cujo centenário de falecimento é lembrado neste ano de 2023, com o artigo sobre os riscos de abolição da imprensa em face de projetos de lei relativos a possibilidades de restrição de discursos de ódio. Republicado neste volume, este texto ainda ressoa, após mais de um século.

A Escola Judiciária Eleitoral da Bahia mais uma vez agradece a todos os articulistas e aos leitores da Revista Populus.

**Des. Roberto Maynard Frank**

Presidente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia e  
Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

# SUMÁRIO

## **Ana Paula Viana Barmann**

A aplicação da teoria externa pelo Supremo Tribunal Federal no caso de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitado em julgado e o populismo..... 13

## **Luís Cláudio Coni**

Jurisdição constitucional e ativismo judicial: é possível estabelecer uma correlação? ..... 33

## **Clara Oliveira de Holanda Cavalcante**

### **Elenice Ribeiro Nunes dos Santos**

### **Stephanie dos Santos Silva**

Ações afirmativas em prol da participação feminina nos cargos públicos eletivos no Brasil: um estudo sobre impactos, conquistas, empecilhos e incentivos ..... 57

## **João Paulo de Souza Oliveira**

Retrospectividade e inelegibilidade no direito brasileiro ..... 89

## **Nathália Bittencourt**

Democracia transformada: uma análise dos pressupostos que apontam para uma conjuntura de incertezas ..... 111

## **Sandro Martins Correia**

### **Rogério Carlos Born**

Federação partidária e seus reflexos na conjuntura política nacional... 133

## ARTIGO NÃO INÉDITO

## **Rafael Rubio Núñez**

### **Vitor de Andrade Monteiro**

Las decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional de los organismos electorales en Iberoamérica: un difícil equilibrio ..... 159

## MEMÓRIA

### **Castro Alves**

Ode ao dous de julho ..... **189**

### **Ruy Barbosa**

Abolição da imprensa ..... **191**

# Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigos Inéditos



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



# **A APLICAÇÃO DA TEORIA EXTERNA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO E O POPULISMO**

## **THE APPLICATION OF THE EXTERNAL THEORY BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE CASE OF SUSPENSION OF POLITICAL RIGHTS BY CRIMINAL SENTENCE FINAL IN JUDGMENT AND POPULISM**

Ana Paula Viana Barmann \*

### **RESUMO**

O trabalho pretende demonstrar que não existe entendimento da Corte do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação da teoria externa no Brasil, em especial nos casos de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitado em julgado. Sendo assim, observa-se a possibilidade de colisão de princípios apenas em casos convenientes. Com isso, o poder Judiciário passa a argumentar e aplicar teorias de acordo com a melhor e maior conveniência, fazendo com que prevaleça o populismo no Poder Judiciário com fundo moralista e cada vez menos técnico, reduzindo o ônus argumentativo para a aplicação da moral individual de cada julgador.

Palavras-chaves: colisão; princípios; populismo; poder judiciário; moralismo.

### **ABSTRACT**

The work intends to demonstrate that there is no understanding of the Court of the Supreme Federal Court as to the application of external theory in Brazil, especially in cases of loss of political rights. Thus, the possibility of collision of Principles is observed only in

---

\* Doutoranda e Mestre em Democracia e Direitos Fundamentais - (Eleitoral) pelo UNIBRASIL. Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2000. Membro da comissão de direito eleitoral da OAB/PR. Membro da ABRADep - Associação da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político. Professora de Pós-Graduação de Direito Eleitoral. Advogada eleitoral. Palestrante em diversos eventos de Direito Eleitoral.

convenient cases. With this, the Judiciary starts to argue and apply theories according to the best and greatest convenience, causing populism to exist in the Judiciary with a moralistic and less and less technical background, reducing the argumentative burden for the application of the individual morality of each judge.

Keywords: *collision; principles; populismo; judiciary*. Moralism.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a teoria externa admite a inexistência de direitos fundamentais absolutos, permitindo a colisão de princípios e cláusula restritiva externa.

Diante disso, pretende-se demonstrar que a aplicação da teoria externa pelo Supremo Tribunal Federal, em especial nos casos de suspensão de direitos políticos por sentença transitado em julgado, não apresenta uma lógica, tendo em vista as diferentes visões e formas de interpretação no âmbito interno da Corte.

Ainda, em algumas oportunidades verifica-se a incorreta aplicação da teoria externa pelo STF, pois apenas admitem a colisão dos princípios sem exercer o ônus argumentativo para a extração da regra de direito fundamental, sem explicitar necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

As decisões monocráticas desencontradas com o entendimento da Corte e falta de uma interpretação unânime e sistêmica pelo STF às decisões, propicia a articulação de uma Corte populista.

Essa análise remete diretamente a forma como o STF tem encontrado subterfúgios para aplicação da ética e moral nas decisões judiciais, sendo que em muitos casos, o poder judiciário tem se colocado como “salvador” da nação, sem observar a interpretação constitucional de forma concreta.

## 2 A TEORIA EXTERNA NO BRASIL. COLISÃO DE PRINCÍPIOS E CLÁUSULA EXTERNA

Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo que nesse sentido podem sofrer restrições ou limites. Nesse aspecto verifica-se que tais restrições podem ocorrer por meio de uma

cláusula externa ou pela colisão de princípios. Essa é a chamada teoria externa, ou seja, que admite a colisão de princípios.

Apenas ilustrativamente, cumpre salientar que a teoria interna admite limites aos direitos fundamentais, sendo esses limites imanentes, ou seja, a própria norma já traz o limitador, não admitindo limites externos ou colisão de princípios, sendo que nesse trabalho não será objeto de estudo os limites dos direitos fundamentais com base nessa teoria e sim com foco na teoria externa.

Os direitos fundamentais na perspectiva dos limites não são considerados absolutos, sendo assim, existem limites implícitos ou explícitos, impostos pela própria Constituição. O STF recorre em muitos julgados aos limites imanentes, no entanto, não os colocam como fundamentação em suas decisões, pois utilizam o sopesamento como fundamentação.

Assim como podemos afirmar que sacrifícios humanos não são acobertados pela liberdade religiosa, sendo que não se fala nesses casos em restrições ou colisões, pois são meros limites tratados pela própria constituição, sendo assim fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais.

As colisões são verificadas por novas restrições aos direitos fundamentais, enquanto os limites são as declarações trazidas pela própria constituição, previamente existentes, ou seja, existe a proibição por mera não-proteção<sup>2</sup>.

Essas situações ocorrem também em leis ordinárias, sendo que esses limites não ultrapassam essas liberdades, como no caso, de uma lei ordinária proibir sacrifícios humanos em rituais religiosos.

O maior problema dos limites imanentes refere-se justamente a definição do que é protegido e o que não é protegido.

A teoria institucional dos direitos fundamentais trazida por Peter Haberle desenvolve o conceito de teoria institucional dos direitos fundamentais, em relação aos limites e conteúdo da norma, segundo ele existe um anacronismo no conceito de liberdade com relação a autonomia individual a ser protegida da esfera estatal, pois o legislador não é inimigo dos direitos fundamentais.

Para Haberle nem sempre a intervenção estatal gera uma restrição, para tanto Haberle recorre ao conceito instituição, baseado

---

2 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.131.

em três elementos principais. 1 – uma ideia diretriz que se realiza e se mantém juridicamente em um meio social 2 – organiza-se um poder que lhe confere órgãos 3 – manifestações dirigidas pelos órgãos de poder e reguladas por procedimentos.

Com isso surge a instituição Pessoa, o que passa a ser o sujeito da pessoa moral. Existe a Instituição – coisa, pois o poder organizado e manifestações são secundários, pois não se interiorizam no seio da ideia diretriz. Para Harbele, os direitos fundamentais devem ser considerados instituição pessoa, no entanto, o meio social é fundamental para a definição desses preceitos, inclusive atividade do legislador. A realização dos direitos fundamentais faz parte de um processo, do qual faz parte o legislador e para tanto, deve ser levado em consideração que não existe a vontade subjetiva de determinados indivíduos e sim a consciência de um número indeterminado de indivíduos e a partir de então os direitos fundamentais transformam-se em “coisa social objetiva”.

Sendo assim, o que mais importa é a liberdade de todos e não dos indivíduos, sendo assim a liberdade só pode ser regulada e delimitada pelo direito. A teoria institucional tem como rejeição a ideia que permitido aquilo que não é vedado pelo direito, sendo assim, o legislador não é encarado como inimigo da liberdade individual.

A liberdade é como algo interno ao direito, no entendimento de Haberle, e portanto, como instituto a liberdade é criada pelo direito, sendo que não restringe, apenas delimita seus contornos, nesse sentido o legislador passa a ter uma liberdade muito maior, ao contrário da visão do legislador como o interventor a ser controlado.

Observando os limites pela teoria externa, existe apenas o direito em si e suas restrições. A partir dessa concepção é que se torna possível o sopesamento, a aplicação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Em face da impossibilidade de direitos absolutos, é que se pode afirmar que a realização de um princípio pode ser restringido por outro princípio, aí que se tem a distinção entre direito prima facie e o direito definitivo. Essa é a distinção que a teoria externa pressupõe. Somente se determina o direito definitivo após o sopesamento e a partir de fora, das condições fáticas e jurídicas existentes.

Com esse raciocínio que se invoca o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, o qual admite que “se se adota a perspectiva da

teoria interna, os direitos terão sempre a conformação de regras”. Isto porque, uma vez supostamente estabelecidos internamente os precisos contornos do exercício do direito, a norma que o estabelece incide no modo *tudo ou nada*. Não há, assim, espaço para o sopesamento<sup>3</sup>.

Como bem observa Zanon Junior:

A teoria também apenas aparentemente esvazia a necessidade de ponderação entre direitos constitucionais em oposição. Isto porque, em verdade, o que ocorre é simplesmente um deslocamento do sopesamento, outrora situado no debate sobre um direito e a sua restrição, para o âmbito interno da norma, no nível da definição dos exatos limites dos direitos fundamentais. E tal deslocamento é desaconselhável, porque implica anacronismo e conservadorismo alheios à plasticidade das relações sociais e econômicas, ao tornar imprescindível a fixação de um específico limite para o direito que, posteriormente, pode apresentar-se severamente restritivo de uma prerrogativa humana, bastando que o caso concreto tenha circunstâncias diferentes<sup>4</sup>.

Para além da impossibilidade, Virgílio Afonso conclui que, no âmbito da teoria interna, não há sequer a necessidade do sopesamento, visto que as colisões deixam de existir<sup>5</sup>.

Para o Autor Alexy<sup>6</sup> existe a possibilidade de demonstrar essa conclusão em uma hipótese simples: se existe um direito que garante (definitivamente) que determinado comportamento seja facultativo, qualquer norma que venha a impor a obrigatoriedade ou a proibição deste mesmo comportamento não estará restringindo o direito, mas violando-o. Não há, pois, espaço para a ponderação.

Quanto à teoria externa Robert Alexy afirma que um conflito entre regras se soluciona com a cláusula de exceção que elimine o conflito ou se uma das regras for declarada inválida. Quando não for possível a cláusula de exceção, então deve ser resolvido o conflito pela derrogação ou pela aplicação da especialidade em

3 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.131.

4 ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012. p. 6-7.

5 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.165.

6 ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Centro de Estudios *Constitucionales*, 1993. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 279.

detrimento da regra geral. Quando existe a colisão entre princípios um dos dois deve ceder, não por invalidade ou cláusula de exceção, mas tem precedência sob outro em determinadas circunstâncias – dimensão do peso<sup>7</sup>.

Os princípios não têm mandamentos definitivos e *sim prima facie*, são razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Não dispõe da extensão de seu conteúdo em face do princípio colidente e das possibilidades fáticas, o que é inverso no caso das regras. No entanto, deve ser levado em consideração que sempre é possível a introdução de uma cláusula de exceção (pode ocorrer em virtude de um princípio). No caso das regras, se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo<sup>8</sup>.

Quanto mais fortes os princípios formais mais fortes será o caráter *prima facie* de suas regras. Regras e princípios não tem o mesmo caráter *prima facie*, o caráter *prima facie* de um princípio depende da força argumentativa e tem caráter *prima facie* distintos.

Assim, da colisão dos direitos fundamentais extrai-se uma regra. No entanto segunda a teoria dos direitos fundamentais para que isso ocorra existe todo um ônus argumentativo, através da demonstração da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A proporcionalidade pressupõe adequação, necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) e a máxima proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais. O sopesamento ocorre em função da relativização em face das possibilidades jurídicas, por serem princípios colidentes. Já a necessidade e a adequação decorrem das possibilidades fáticas<sup>9</sup>.

E, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação desses direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque estes princípios se encontram na Carta constitucional de cada país. Também ao aplicador da norma incumbirá a tarefa de, seja este o destinatário ou o simples intérprete, concretização do direito e observar com acuidade a realidade social, na medida em que a norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

8 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva<sup>17</sup>.

No Brasil a teoria externa não tem sido adotada de forma recorrente e explícita e quando ocorre, percebe-se que existe apenas a conveniência em adotar ou não determinada teoria, ou seja, não existe um entendimento pela Corte qual é a teoria que melhor se adequa na interpretação constitucional e sim apenas a aplicação da colisão de princípios quando melhor convém.

No entanto, existem autores que admitem a necessária aplicação da teoria externa aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, igualdade, cidadania).

Para Richard Pae Kim “de antemão devo consignar a minha posição no sentido de que a nossa Constituição da República, por dispor de cláusulas gerais de liberdade e de igualdade, e enfatizar a obrigação ao respeito à sua máxima efetividade, nos obriga a adotar a teoria externa, ao menos aos direitos fundamentais de primeira geração.”<sup>10</sup>

Neste ponto, o Ministro Dias Toffoli, firmou posição na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.451-DF, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2/9/2010, afirmando ser perigoso o exercício da ponderação, quando não observados de forma muito criteriosa.

Existe uma linha de raciocínio de que a teoria externa seria aplicável para os casos de colisões de princípios ou cláusulas externas para as situações de direitos fundamentais de primeira geração e não aos direitos sociais. Nesse caso, seriam criadas categorias de direitos fundamentais diversas, o que pode parecer um tanto quanto temerário.

Na posição do Ministro Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade orienta a forma de interpretação da norma jurídica no caso concreto, ainda que se trate de direitos fundamentais, para a melhor concretude constitucional. Entende ainda que:

[...] o Poder Judiciário pode invalidar atos legislativos ou administrativos quando “não observada a adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado pela norma jurídica (adequação); quando a medida normativa não seja

---

10 KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. ano 5, v.10, 2015. Revista de Direito Brasileira. <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2012.pdf?d=636688172701896480>.

exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade ou vedação do excesso); e quando não se manifeste o binômio custo-benefício, pois o que se perde com a medida normativa é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade *stricto sensu*)”<sup>11</sup>.

O que verifica é que os Ministros têm total compreensão dos mecanismos e das necessidades que a teoria externa implica, no entanto, na prática, essas articulações não ocorrem nas decisões, deixando de existir o ônus argumentativo necessário para deixar de aplicar um princípio para aplicar uma regra de direito fundamental, resultante da colisão de princípios ou de uma cláusula externa. Não foi diferente na análise do caso de suspensão de direitos políticos no Brasil, conforme se vê nos próximos tópicos.

### **3 APLICAÇÃO DA TEORIA EXTERNA PELO STF NOS CASOS DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS POR SENTENÇA CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO**

Os direitos políticos no Brasil compreendem a participação da vida política, o exercício à cidadania, direito de votar e ser votado. No Brasil a Constituição Federal, em seu artigo 15<sup>12</sup>, determina as hipóteses de suspensão ou perda de direitos políticos e a lei nº 64/90 traz as hipóteses de inelegibilidades, as quais automaticamente implicam na suspensão de direitos políticos.

Assim, quanto às inelegibilidades e suspensão de direitos políticos, o STF já decidiu que:

[...] inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas

---

11 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 213-216.

12 Constituição Federal. “Art 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos<sup>13</sup>.

Obviamente que para um cidadão registrar candidatura deve estar em pleno gozo de seus direitos políticos<sup>14</sup>, sendo que existe uma relação intrínseca com a lei 64/90, em especial em seu artigo 1, I, “e”, e o artigo 15, III, da CF, o qual determina a suspensão dos direitos políticos de réu condenado com sentença transitada em julgado em ação criminal. Assim determina o STF:

A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses)

À incidência da regra do art. 15, III, da Constituição, sobre os condenados na sua vigência, não cabe opor a circunstância de ser o fato criminoso anterior à promulgação dela a fim de invocar a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa: cuidando-se de norma originária da Constituição, obviamente não lhe são oponíveis as limitações materiais que nela se impuseram ao poder de reforma constitucional. Da suspensão de direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado, ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição, resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político.<sup>15</sup>

A norma inscrita no art. 15, III, da Constituição reveste-se de autoaplicabilidade, independentemente, para efeito de sua imediata incidência, de qualquer ato de intermediação legislativa. Essa circunstância legitima as decisões da Justiça Eleitoral que declaram aplicável, nos casos de condenação penal irrecorrível, e enquanto durarem os seus efeitos, como ocorre na vigência do período de prova do *sursis*, a sanção

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF*, Relator min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.

14 “Eleições 2012. Registro. Vereador. Indeferimento. Condenação criminal. Inelegibilidade. Art. 15, III, da Constituição Federal. Suspensão dos direitos políticos. Art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 64/90. Incidência. 1. Na linha da jurisprudência deste Tribunal e até que o Supremo Tribunal Federal reexamine a questão já admitida sob o ângulo da repercussão geral, a condenação criminal transitada em julgado é suficiente para atrair a incidência da suspensão dos direitos políticos, independentemente do fato de a pena privativa de liberdade ter sido posteriormente substituída pela restritiva de direitos. [...]” (*Ac. de 7.5.2013 no Recurso Especial Eleitoral. nº 39822, relator: Min. Henrique Neves.*)

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 418.876*, Relator: min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-2004, 1ª T, DJ de 4-6-2004.

constitucional concernente à privação de direitos políticos do sentenciado.<sup>16</sup>

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou em 08/05/2019, em sessão extraordinária, o Recurso Extraordinário (RE) 601182, com repercussão geral reconhecida, a constitucionalidade da suspensão dos direitos políticos nos casos em que ocorra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O caso concreto do recurso trata-se de condenação de um cidadão em Betim/MG a pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, por uso de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) falsa, crime previsto no artigo 304 do Código Penal. O RE foi interposto pelo Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG) contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça estadual (TJ-MG).

Em julgamento de apelação criminal, o Tribunal Regional acolheu parcialmente o pedido da defesa, mantendo o exercício dos direitos políticos do réu, após a conversão da pena privativa de liberdade pela restrição de direitos.

O Ministério Público recorreu para a cassação dos direitos políticos, sustentando que o acórdão viola o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Esse dispositivo impede a cassação de direitos políticos, destacando que apenas haverá a perda ou suspensão em casos específicos, como a condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos, prevista no inciso III do mesmo artigo.

Nesse caso, analisando a íntegra do acórdão o Ministro Marco Aurélio posicionou-se no seguinte sentido:

Assento que, vindo a pena inicial a ser convertida em restritiva de direitos, tem-se quadro decisório que não atrai a suspensão versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”, concluiu o relator que sugeriu como tese para efeitos de repercussão geral o seguinte texto: “A suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal não alcança situação jurídica em que a pena restritiva da liberdade tenha sido substituída pela de direitos.

---

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. Consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do relator para o acórdão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, *DJE* de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470 , Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, *DJ* de 27-9-1996.

Nesse sentido verifica-se monocraticamente o entendimento que suspensão dos direitos políticos não fazia sentido no caso concreto por ser aplicado somente nos casos em que o condenado estivesse preso e sem condições de exercer a vida em cidadania, ou seja, houve a restrição externa à aplicação do texto constitucional em função da aplicação dos princípios de igualdade, proporcionalidade e da individualização da pena, pois em seu voto o Ministro alegou ser desrazoável a aplicação da perda de direitos políticos nos casos em que o cidadão esteja cumprindo pena em liberdade.

O Ministro Alexandre de Moraes, afirma em seu voto que o artigo 15, III da CF é autoaplicável, independentemente da natureza da pena imposta:

A regra de suspensão dos direitos políticos, prevista no art. 15, III, da Constituição Federal, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa de liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses).<sup>17</sup>

Os demais Ministros seguiram a divergência apontada pelo Ministro Alexandre de Moraes, conforme o voto do Ministro Edson Fachin:

Isso significa, em meu modo de ver, que a compreensão que conforta a percepção sistemática e racional que colho desse dispositivo da Constituição vai ao encontro da divergência suscitada pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, ou seja, a condenação se dá independentemente de tratar-se de uma pena que afeta a liberdade ou apenas restringe direitos, à luz da orientação que posso haurir, pelo menos até este momento, fundada nesse precedente, o recurso extraordinário, especialmente este que mencionei inicialmente, o 179.502. Creio que compreender em sentido diverso quiçá poderia representar, com a licença da metáfora pedestre, uma espécie de falso positivo jurídico, ou seja, uma condenação da qual não se extrairiam todos os efeitos da condenação, e o legislador constituinte fez uma opção por atribuir os efeitos dessa condenação extraindo daí uma suspensão dos direitos políticos. Se essa foi, ou não, uma boa solução, esse é um debate que está no plano de um juízo axiológico, em meu modo de ver, legislativo ou meta-

---

17 (RE 601182, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019, DJe-214 DIVULG 01-10-2019 PUBLIC 02-10-2019)

normativo, no sentido da dogmática estrita, especialmente na seara do Direito sancionador<sup>18</sup>

O Ministro Luiz Barroso por casos interpreta como casos difíceis aqueles que admitem colisão de princípios ou de normas (teoria externa) e entende nesse caso ser um caso fácil, simplesmente por tratar-se de uma regra e não de um princípio.

Logo, nós estamos falando em uma suspensão de direitos com prazo limitado. Penso que é uma restrição a direito fundamental expressamente prevista na Constituição. De modo que, entendendo as razões, sempre bem lançadas, do Ministro Marco Aurélio, eu, no entanto, penso que aqui o limite é a possibilidade semântica da norma. E creio que a norma não dá margem a dúvidas<sup>19</sup>.

A Ministra Rosa Weber afirma em seu voto o respeito a interpretação constitucional assegurando cada vez mais direitos individuais, eliminando ao máximo as restrições, compreende não ser possível harmonizar o artigo 15 III da Constituição Federal não pode ser harmonizada com o Princípio da Individualização da pena<sup>20</sup>.

O Ministro Luiz Fux entende ser um verdadeiro hard case a ser solucionado com base na interpretação dos direitos fundamentais e suas limitações<sup>21</sup>. Dessa forma o Ministro propõe o seguinte enunciado para repercussão geral:

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do relator para o acórdão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, *DJE* de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470 , Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, *DJ* de 27-9-1996.

19 *Ibidem*.

20 Esta Casa tem prestigiado, na interpretação da Constituição, a ampliação dos direitos individuais, de modo a eliminar, ao máximo, os critérios de restrição, sempre respeitando o Estado Democrático de Direito. E interpretações extremadas do art. 15, III, da CF, *data venia*, não podem ser harmonizadas com o direito fundamental à individualização da pena assegurado no art. 5º, XLVI, da CF, nem com o princípio da legalidade estrita em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da CF), bem como, tampouco, com o comando inscrito no art. 5º, XLVI, da CF.

21 Trata-se de verdadeiro hard case, a ser solucionado por esta Corte à luz das regras hermenêuticas que balizam a interpretação dos direitos fundamentais e de suas limitações, em observância ao espírito da Constituição e das leis.

Com efeito, entendendo que a Lei de Inelegibilidades (LC 64/90), ao estabelecer o mínimo ético do jogo eleitoral, delimitou, no art. 1º, inciso I, alínea “e” e §4º , o âmbito de incidência da suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, especificando, em rol *numerus clausus* , os crimes capazes de gerar inelegibilidade, bem como excluindo alguns delitos deste rol – como os crimes culposos, os de menor potencial ofensivo e os crimes de ação penal privada .

A suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, III, da Constituição Federal revela natureza de norma autoaplicável, de “eficácia contida”, cuja extensão foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional, nos termos da LC 64/90, art. 1º, I, “e”, c/c §4º, somente se operando a suspensão dos direitos políticos (elegibilidade, direito de voto e outros) nos crimes ali previstos.

O Ministro Ricardo Levandowski entende pela autoaplicabilidade do dispositivo constitucional, sendo que a substituição da pena não impede a suspensão dos direitos políticos<sup>22</sup>.

Verifica-se no caso em tela que a Corte aplicou concretamente a teoria interna, não admitindo em sua maioria a colisão de princípios e normas e sim a autoaplicabilidade do artigo 15, III, da Constituição Federal.

O que é possível extrair dos posicionamentos do STF é que, em muitos casos, alguns Ministros entendem pela aplicação de uma teoria e outros Ministros pela aplicação de outra teoria dentro do mesmo caso, sendo que, em decisões monocráticas, isso possibilita um entendimento desarrazoado com relação ao entendimento da Corte.

Com análise ainda mais aprofundada, os Ministros do STF, quando aplicam a teoria externa, ainda que se seja por um entendimento individual, não exercem o ônus argumentativo adequado para extrair uma regra da colisão de princípios, ou seja, não fica claro, em momento algum em suas decisões, a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sendo esse exercício absolutamente necessário e de forma técnica para abstrair ao máximo possível toda a subjetividade da decisão, dando enfoque à racionalidade.

Para Virgílio Afonso da Silva, o hermeneuta deve escolher um dos métodos de interpretação constitucional normalmente apresentado pela doutrina e aplicar os cânones de interpretação sistematizados por Savigny, que também devem valer para o Direito Constitucional.<sup>23</sup>

A possibilidade de restrições aos direitos *prima facie* gera uma ilusão de que existem direitos e, após restringidos, verifica-se que

22 Conforme se verifica, o decisum combatido está em dissonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, pois, como visto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos, ressaltada a autoaplicabilidade do dispositivo de regência.

23 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 142.

não existia o direito, sendo que a defesa afirma que existe apenas a expectativa de direito. A racionalidade do processo de sopesamento é outra crítica à colisão de princípios, sendo decisionismo disfarçado. Não é possível que a racionalidade exclua completamente a subjetividade das decisões no sopesamento, mas isso acontece em todas as teorias e não somente na teoria externa. No entanto, o que deve ser exigido é um método lógico que melhor viabilize a racionalidade das decisões e interpretação do direito.<sup>24</sup>

Continua o autor afirmando que o aumento de insegurança jurídica é um outro argumento dos críticos à teoria externa. O método para aplicação de direito não é o único que garante a segurança jurídica e sim a previsibilidade na atividade jurisdicional, e pode ser verificado através de um controle social e para isso é necessário um diálogo bidirecional.

No entanto, analisando o caso julgado pelo STF do Recurso Extraordinário no qual revisitou a questão da prisão em segunda instância, foi admitida amplamente a teoria externa, com a colisão de princípios, sem ao menos exercitar o ônus argumentativo necessário para expor necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

Diante disso, verifica-se que o STF não tem firmado posicionamento de corte e sim posicionamento de Ministros, o que permite um alto grau de subjetividade, permitindo a abertura para interpretações moralistas e populistas, como se verá o no próximo tópico.

## 4 O POPULISMO JUDICIAL NO BRASIL

O termo populismo merece atenção para seja bem conceituado e não sofra distorções, para tanto seria necessário um retrocesso histórico desde a década de 30. No entanto, não será o foco nesse momento e sim trazer uma conceituação mais recente, dentro de um contexto global. Yascha Monke conceitua recentemente o populismo num contexto mundial:

O que define o populismo é essa reivindicação de representação exclusiva do povo — e é essa relutância em tolerar a oposição ou respeitar a necessidade de instituições independentes que com tamanha frequência põe os populistas em rota de colisão direta com a democracia liberal. Desse

---

24 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007. p. 153.

modo, a eleição de Jair Bolsonaro deve ser encarada como o evento mais significativo na história brasileira desde a queda da ditadura militar: pelos próximos anos, o povo terá de lutar pela própria sobrevivência da democracia liberal. Os brasileiros conseguirão salvar a democracia brasileira? E terá o leitor deste livro algo a contribuir para essa que é a mais nobre das causas? A resposta a ambas as questões é sim<sup>25</sup>.

O entendimento de Eneida Desirre Salgado sobre o tema segue no seguinte sentido:

Em tempos de instabilidade institucional e descrença nas soluções políticas, apontar as falhas e os problemas dos que se afirmam salvadores no naufrágio implica uma tomada de posição contra as soluções que contrariam o Direito para fazer justiça ou que suspendem a legalidade para a proteção da moralidade tal qual compreendida pela reflexão individual do antes menos perigoso dos poderes. Logo, a questão do uso da moralidade e da linguagem populista pelos magistrados é enfrentada, com a utilização de aportes teóricos sobre o fenômeno do populismo como ameaça às democracias. As características do discurso, seus elementos e seu substrato são demonstrados para então evidenciar sua presença na retórica judicial, em decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade e em face do controle da Administração Pública. Os elementos de excepcionalidade e o apelo à opinião pública, além da centralidade dos argumentos morais subjetivos em decisões relevantes para a política, corroboram o argumento central aqui apresentado, principalmente quando o objeto do ataque é um poder constituído legitimado democraticamente. Problematiza-se assim a independência judicial em face da lei travestida de ativismo bem-intencionado. Por fim, conclui-se com a defesa de um Poder Judiciário que atue em defesa dos direitos fundamentais, da democracia, da legalidade e da moralidade nos limites constitucionalmente postos<sup>26</sup>.

A lei complementar ficha limpa nº 135/2010 é um exemplo clássico de validação da lei pela maioria dos Ministros do STF, única e exclusivamente com retórica de moral e justiça, já que foram comprovadas as várias inconstitucionalidades ignoradas pela Corte quando da análise do controle de constitucionalidade do caso, tendo em vista, o desrespeito pelo rito constitucional do

25 MOUNK, Yacha. *O povo contra a democracia: Porque nossa Liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 130.

26 SALGADO, Eneida Desirre. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

processo legislativo, pois a) houve emenda à lei no Senado Federal e o projeto não retornou à Câmara dos Deputados para aprovação, b) houve a interpretação pela aplicação de fatos ocorridos antes da aprovação da lei<sup>27</sup> c) e a afronta à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois permite a perda de direitos políticos em função de decisão de órgão profissional e pela inexigibilidade de trânsito em julgado.

Em outros momentos o Supremo Tribunal Federal demonstrou sua interferência direta e desrespeito à separação de poderes em nome da moral e da Justiça.

O entendimento de Emerson Gabardo sobre o assunto segue no sentido de que o protagonismo da moralidade nas decisões das autoridades públicas concorre com os direitos fundamentais e interesse público:

A deformação da leitura moral no Brasil redundou num abandono do constrangimento das autoridades públicas tomadoras de decisão em utilizarem argumentos extraíveis da moralidade pública que elas mesmas elegem como dominante (em geral conhecida por meio de seus vínculos sociais e, com destaque, os “virtuais”). Uma moralidade de um protagonismo tão significativo que passou a concorrer tanto com o interesse público quanto com os direitos fundamentais como critério de decisão (ainda que, na busca de uma fundamentação racional, sejam utilizados, simbolicamente, estes fundamentos<sup>28</sup>

Nesse sentido, para afastar a aplicação discricionária de aspectos moralizantes pelo Poder Judiciário, através das convicções

27 “Eleições 2014. Agravo regimental em recurso ordinário. Registro de candidatura. Deputado estadual. Lei complementar nº 135/2010. Fatos anteriores à sua vigência. Incidência. Condenação. Trânsito em julgado. Cumprimento da pena. Incidência da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso i, alínea e, item 9, da Lei Complementar nº 64/90 [...] 1. As disposições introduzidas pela LC nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o fato seja anterior à sua vigência. Isso porque as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não implicando ofensa ao princípio da irretroatividade das leis. 2. A incidência das disposições da LC nº 135/2010 a fatos anteriores à sua vigência não provoca ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, tampouco ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e à segurança jurídica. Precedente. 3. A condenação do agravante em decisão transitada em julgado, por crime tipificado no artigo 129, § 2º, IV, do Código Penal, cujo cumprimento da pena findou-se em 6.11.2012, atrai a incidência da causa de inelegibilidade objeto do art. 1º, I, e, 9, da Lei de Inelegibilidade, com as alterações introduzidas pela LC nº 135/2010 [...]”. (*Ac de 09.10.2014 no Agravo regimental em recurso ordinário nº 374046, relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura.*)

28 GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.

peçoais dos que decidem, faz-se necessária a determinação da forma de interpretação constitucional a partir da teoria externa ou interna e qual recorte será feito com base nesses critérios.

Assim, com critérios técnicos e racionais fica mais evidente a abstração do subjetivismo do ativismo judicial, com critérios objetivos a partir da forma de interpretação constitucional. Essa é uma preocupação presente no trabalho, tendo em vista que a suspensão dos direitos políticos, nos casos de sentença transitado em julgado, teria outra decisão, caso o STF optasse pela teoria externa e a aplicasse de forma correta.

No entanto, o que se verifica é uma volatilidade quanto a essa interpretação para que seja possível chegar à conclusão nesse caso, que mesmo com a substituição de pena privativa de direito por restrição de direito, os direitos políticos estão suspensos para que haja o reflexo da inelegibilidade.

## 5 CONCLUSÃO

Com todo o exposto verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não possui posicionamento a respeito da aplicação de teoria externa ou interna aos casos concretos de controle de constitucionalidade e ainda, permite que as decisões monocráticas não sigam os entendimentos majoritários da Corte.

Verifica-se imprescindível a Corte estabelecer recortes da forma de interpretação constitucional, para que em todos os casos haja uma uniformização com relação aos entendimentos, evitando decisionismos de acordo com o caso em questão.

Assim, verifica-se, por exemplo, no caso de suspensão de direitos políticos por sentença criminal transitada em julgado, o que gera automaticamente a inelegibilidade pela aplicação da lei nº 64/90, o Supremo Tribunal Federal é absolutamente variável quanto ao entendimento da adoção de teoria interna e externa, o que leva automaticamente a decisões diversas de interpretação.

Diante disso, pode-se dizer que, nesse caso de suspensão de direitos políticos, o alto número de condenações criminais em função de corrupção, o STF se utilizar de forma reflexa dessa decisão para exercer um papel moralizante da sociedade é, portanto, populista.

Nesse aspecto, o trabalho critica qualquer postura moralizante do poder Judiciário, para que seja evitada tal circunstância, é fundamental a correta aplicação de interpretação constitucional com base em ônus argumentativo racional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF*, Relator min. Luiz Fux, j. 16-2-2012, P, DJE de 29-6-2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso Extraordinário 418.876*, Relator: min. Sepúlveda Pertence, j. 30-3-2004, 1ª T, DJ de 4-6-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). *Recurso Extraordinário 601.182*, Penal e Processo Penal. Suspensão dos direitos políticos. autoaplicação. consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. Plenário, Relator: Min. Marco Aurélio, 08 de maio de 2019, voto do redator para o acórdão. min. Alexandre de Moraes, j. 8-5-2019, P, DJE de 2-10-2019, Tema 370. **Vide agravo regimentar** em Recurso Mandado de Segurança 22.470 , Relator: min. Celso de Mello, j. 11-6-1996, DJ de 27-9-1996.

ALEXY, Robert. *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático*. Madrid: Centro de Estudios *Constitucionales*, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*,

Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.847.

MOUNK, Yacha. *O povo contra a democracia: Porque nossa Liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SALGADO, Eneida Desirré. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, jul./dez. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2007.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Sobre a possibilidade de Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais independente de autorização constitucional expressa. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v.2, n.21, jan/jun. 2012.

KIM, Richard Pae. *Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa*. ano 5, v.10, 2015. *Revista de Direito Brasileira*. <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2012.pdf?d=636688172701896480>.



# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL É POSSÍVEL ESTABELEECER UMA CORRELAÇÃO?

## JUDICIAL ACTIVISM ON THE SUPREME COURT DOES UPHOLDING THE CONSTITUTION ACCOUNT FOR JUDICIAL ACTIVISM?

Luís Cláudio Coni\*

### RESUMO

Na reflexão sobre a possível correlação entre jurisdição constitucional e ativismo judicial, o ponto nodal refere-se ao questionamento sobre se a jurisdição constitucional cumpre rigorosamente o seu dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional e proteger a identidade da Constituição Federal de 1988, ou se, por meio de uma interpretação por assim dizer proativa e expansiva termina por, ativamente, invadir a esfera legislativa, em detrimento da separação dos poderes. Não há resposta pacificada a respeito do tema.

**Palavras-chave:** ativismo judicial; jurisdição constitucional; separação de poderes; identidade constitucional; concretização de direitos.

### ABSTRACT

In reflecting on the possible correlation between constitutional jurisdiction and judicial activism, the nodal point refers to the questioning whether constitutional jurisdiction strictly fulfills its duty to implement public policies defined in the constitutional text itself and thus protect the identity of the Federal Constitution of 1988, or whether, through an apparent proactive and expansive interpretation, it ends up actively invading the legislative sphere,

---

\*Doutor em direito público pela Universidade de Montpellier, França. Mestre em Direito das Relações Internacionais. Analista judiciário do Supremo Tribunal Federal. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

to the detriment of the separation of powers. There is no peaceful response on the subject.

**Keywords:** judicial activism; constitutional jurisdiction; separation of powers; constitutional identity; effectiveness of rights.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde logo, mostra-se essencial compor uma definição do que seja ativismo judicial. Os conceitos doutrinários em torno do tema variam e os limites de sua compreensão remetem quase sempre a uma zona *grise*.

De antemão, mostra-se coerente e verossímil compreender o assim denominado ‘ativismo judicial’, essencialmente, como antônimo de ‘autocontenção’ (ou *self-restraint*).

Nesse sentido, o magistério de Richard Posner possui relevância ao estabelecer o que chamou de autocontenção em face da separação dos poderes. Para o autor:

Ativismo [...] é exatamente o oposto de autocontenção [...] Mas somente quando se esteja agindo contra a vontade dos outros ramos de governo é que se é ativista, [...] pois então se está a ampliar (o) poder (do Juiz) em detrimento de outra instituição governamental, qualquer que seja.

Segue dizendo que ‘O ativismo judicial também pode ocorrer quando houver intrusão judicial na atividade privada, pois essa atuação expande indevidamente o capital político dos tribunais; e o que chamei [...] de autocontrole “funcional” significa evitar esse tipo de intrusão quando da análise do caso concreto.

Mas a não-intrusividade judicial no sentido funcional não é a mesma coisa que a autocontenção judicial no sentido da separação de poderes<sup>2</sup>

Além disso, Posner diferencia entre intrusividade judicial no sentido funcional, quando o juiz invade a atividade privada e, por outro lado, a autocontenção judicial na separação dos poderes quando o juiz deixa de ampliar seu poder em detrimento de outra instituição governamental de maior interesse para a presente reflexão.

Isto significa, portanto, que a recusa do juiz constitucional de atuar com autocontenção quando analisa situação que envolve a

---

<sup>2</sup> POSNER, Richard, “*The Meaning of Judicial Self-Restraint*” Indiana Law Journal Winter 1983, Volume 59, Issue 1, p. 15.

separação dos poderes é o que, em última análise, permite expandir o alcance de sua decisão para a esfera da atuação legislativa. Tal situação de afastamento do *self-restraint* se inscreve no conceito doutrinário de ativismo judicial para o efeito da presente análise. Nada obstante – é preciso ressaltá-lo –, na jurisprudência constitucional brasileira, isto se dá, em geral, quando a Corte ou o juiz constitucional procede à concretização de direitos fundamentais. Mas não apenas em tais casos, consoante entende a doutrina, ao se debruçar sobre o tema.

Parece claro, ainda, que também no sentido procedimental mostrar-se-ia possível identificar exemplos de ativismo judicial – nos termos da definição proposta –, quando a função constitucional é alcançada por vias procedimentais inusuais, por exemplo, com novas interpretações das regras regimentais da Corte ou dos princípios adequados ao caso, quanto ao *iter* procedimental aplicável. Conquanto excepcionais, tais hipóteses podem ocorrer.

## **2 ASPECTOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DA IDEIA DE ‘ATIVISMO JUDICIAL’.**

Tendo em perspectiva essas premissas conceituais, o recorte da ideia de ativismo judicial deve ser realizado a partir de dois aspectos que lhe são essenciais, conforme bem demonstra a jurisprudência brasileira:

Em primeiro lugar, a partir do reconhecimento e declaração da omissão legislativa quando necessária a concretização de direitos fundamentais. Esta perspectiva por si só afasta o senso comum de que o ativismo judicial, por se tratar de uma atuação expansiva do Poder Judiciário pudesse meramente significar uma extrapolação indevida.

Nessa toada, é preciso distinguir a ausência de *judicial restraint*, - isto é, a recusa de autocontenção pelo juiz constitucional na análise de questões sobre as quais venha a decidir decisivamente em possível detrimento da atuação do Poder legislativo – daquela outra atuação ou decisão que resulta na viabilização da concretização de direitos fundamentais porventura obstruídos ou desatendidos em razão de indevida omissão legislativa, por inércia de atuação do poder legislativo. E há fartos exemplos de ambas as situações.

Em segundo lugar, o ativismo judicial se depara com a intrínseca questão da dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário em razão de seu evidente deficit de legitimidade democrática. Logo, o questionamento que se impõe, à primeira vista, parece produzir a seguinte indagação: porque deveria um dos poderes da república, e precisamente o único que não passou pela prova do sufrágio consubstanciado na escolha direta pelo cidadão, ‘se substituir’, por assim dizer, a outros poderes da República, em possível extrapolação de suas atribuições constitucionalmente assentadas?

A reflexão que sobreleva a ideia de ‘dificuldade’ ou ‘função’ contramajoritária parece ser mais ampla e mais antiga do que a própria identificação da ideia de ativismo judicial, porque remete à concepção inicial de que é da própria essência da democracia o poder da maioria.

Em suma, as duas perspectivas na presente análise da ideia de ativismo judicial – seja quanto à omissão legislativa na concretização de direitos fundamentais, seja quanto à perspectiva do deficit de legitimidade democrática do poder judiciário – podem assim ser articuladas:

*A um*, como distinguir entre a integração e concretização de direitos fundamentais na realização da missão constitucional das Cortes Supremas quando atuam expansiva e proativamente nesse mister; e, *a dois*, a identificação de situações em que se observa clara extrapolação da atuação do Judiciário por ausência de autocontenção quando o deficit de legitimidade democrática de que se reveste eventual decisão extrapoladora, a toda evidência, deveria, antes, impor uma recusa de conhecimento da causa ou ao menos afastar a manifestação decisiva da jurisdição constitucional?

### **3 O AVANÇO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À OMISSÃO LEGISLATIVA**

Nessa trilha, cabe rememorar o avanço do magistério jurisprudencial do STF quanto à omissão legislativa em dois momentos distintos: o que a doutrina denominou de teoria não concretista e, posteriormente, a corrente concretista.

Como se sabe, o mandado de injunção é o instrumento adequado para colmatar a omissão legislativa. Quanto à sua utilização no tempo, diversas teorias se apresentam:

A *posição não concretista* prevaleceu no STF até meados de 2007. Segundo essa corrente, a decisão do mandado de injunção tem natureza mandamental e objetiva à mera declaração da omissão inconstitucional. Assim, o Judiciário apenas dá ciência ao Poder competente de sua mora, para que adote as necessárias providências.

Por outro lado, na *teoria concretista*, constatada a omissão inconstitucional em causa, o Poder Judiciário avança para tornar exequível o direito que se encontra obstado pela ausência de norma regulamentadora.

A exequibilidade do direito poderá vir a ser garantida por meio de decisão de caráter constitutivo *erga omnes*, devendo o órgão judiciário editar uma norma abstrata e geral, que alcança inclusive aqueles que não pediram tutela jurisdicional (a chamada *posição concretista geral*). Ou, por meio da edição de decisão final constitutiva *inter partes*, devendo o órgão jurisdicional possibilitar a imediata efetivação do direito subjetivo (a chamada *posição concretista individual geral*).

Pode, ainda, o juiz fixar prazo razoável para que o poder competente elabore a norma regulamentadora inexistente, após julgar procedente o mandado de injunção. Caso o órgão responsável permaneça inerte após o decurso do prazo, o Poder Judiciário estabelecerá as condições de exercício do direito, elaborando a norma e determinando ao juiz comum a liquidação do *quantum debeat* (a chamada *posição concretista individual intermediária*).

Vislumbradas essas diferentes teorias explicativas do mandado de injunção, cite-se o exemplo do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de greve dos servidores públicos, para ilustrar o avanço de sua jurisprudência, a significar um maior alcance de sua atuação para a efetiva colmatação da omissão legislativa, em razão da necessidade de concretização do direito sob análise.

Nas palavras do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em seu artigo intitulado *Decisões importantes do Supremo Tribunal Federal do Brasil*:

No Mandado de Injunção n. 20<sup>3</sup> (Rel. Celso de Mello, DJ 22.11.1996), firmou-se entendimento no sentido de que

---

3 Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-mi-20-df-distrito-federal-mandado-de-injunc3a7c3a3o>. Acesso em: 17 mai 2023.

o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade. Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485<sup>4</sup> (Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002) e MI 585/TO<sup>5</sup> (Rel. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002).

Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconheceu unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, em mudança radical de sua jurisprudência, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e declarou a inconstitucionalidade da omissão legislativa com a aplicação, por analogia, da Lei 7.783/89<sup>6</sup>, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. *Afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitado à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário.* (grifo nosso).

O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção.<sup>7</sup>

Essa perspectiva do desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a omissão legislativa permite estruturar a presente abordagem sobre o ativismo judicial, não somente sobre os dois aspectos acima propostos, mas, ainda, sob a ótica da ideia de legitimidade constitucional.

É que, aparentemente, o reconhecimento, pelo cidadão privado, da legitimidade da decisão supostamente exarada com certo grau de ativismo judicial produz, em algum nível, a colmatação do deficit de representatividade democrática.

Em tais casos, o reconhecimento pelo soberano (cidadão) da legitimidade da atuação expansiva da jurisdição constitucional convalidaria o processo decisório em causa, conquanto possam nele reconhecer indevido ativismo judicial.

4 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14748432> . Acesso em: 17 mai 2023.

5 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14748153>. Acesso em: 17 mai 2023.

6 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17783.HTM](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM). Acesso em: 17 mai 2023.

7 MENDES, Gilmar. *Decisões importantes do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em [https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Decisoes\\_importantes1.pdf](https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Decisoes_importantes1.pdf). Acesso em 02.jun.2023.

Isto porque o avanço das práticas sociais e o atendimento das garantias constitucionais, uma vez amplamente reconhecidos pela sociedade em geral, atendem ao interesse geral e sinalizam a boa atuação do Poder Judiciário.

#### 4 EXEMPLOS DE ‘ATIVISMO JUDICIAL’?

Isto posto, verifica-se que o melhor modo de tornar claro o entendimento sobre o tema em causa é, de fato, apresentar alguns exemplos tidos como ativismo judicial para concluir que alguns podem concordar quanto ao acerto de tais decisões, ao mesmo tempo em que a outros lhes possam parecer extrapoladoras.

De todo modo, não haverá uníssona concordância quanto a serem, ou não, produtos do ativismo judicial.

Eis alguns exemplos de suposto ativismo judicial no Brasil<sup>8</sup>:

*A Criminalização da homofobia como racismo:* Na ADO 26<sup>9</sup>, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia sob três fundamentos: O primeiro prevê que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018<sup>10</sup> e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. No segundo ponto, a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio.

Finalmente, a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.<sup>11</sup>

8 MARTINS, Sergio Merola. *Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos*. São Paulo, 02 jun. 2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 02 jun. 2023.

9 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 mai 2023.

10 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 17 mai 2023.

11 SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). *STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa*. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 17 mai. 2023.

- *A Declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão dos crimes hediondos:* Apesar da edição de lei que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, o STF declarou a inconstitucionalidade de tal vedação e restaurou a progressão do regime prisional também para os crimes hediondos;
- *A questão da Fidelidade partidária:* Com fundamento no princípio democrático e na ideia de representatividade política, o STF decidiu que o político eleito por determinado partido, se mudasse de partido durante o mandato, perderia o mandato.
- *A Vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas:* após a aprovação da minirreforma eleitoral, o STF declarou a inconstitucionalidade do voto impresso na urna eletrônica com fundamento em diversos princípios, dentre os quais o princípio da vedação do retrocesso social;

Outros exemplos internacionais de ativismo judicial também se destacam:

*Nos Estados Unidos:*

O caso *Brown v. Board of Education* – Em 1954, a Suprema Corte determinou o fim da segregação racial nas escolas;

*Roe v. Wade* – Em 1973, a Suprema Corte criou o direito constitucional ao aborto, revisto em decisão recente;

*Citizens United v. Federal Election Commission* – Em 2010, a Suprema Corte decidiu que a restrição parlamentar ao gasto político corporativo (doações de campanha) e as limitações à transparência quanto a tais doações configurava uma restrição inconstitucional à liberdade de expressão (*free speech*);

*Obergefell v. Hodges* – Em 2015, a Suprema Corte reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo como

garantia da cláusula do devido processo (*Due process clause*) e da 14<sup>a</sup> Emenda à Constituição;

*Na União Europeia:*

O caso *Cassis de Dijon* - A Corte Europeia de Justiça decidiu que as leis alemãs que proibiam percentual alcoólico em licores entre 15% e 25% violavam as normativas da União Europeia. Essa decisão confirmou a primazia do direito europeu sobre o direito do Estado-membro, ao afirmar que as lacunas dos tratados permitem variadas interpretações da Corte. Afirmou a Corte, ainda, que somente pratica o ativismo judicial na medida em que os Governos dos Estados-membros deixarem espaço para interpretação dos tratados que celebram;

Vê-se, portanto, que o fenômeno é mundial.

A articulação da ideia de ativismo judicial em torno do reconhecimento da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional quando esta, ainda que por meio de uma interpretação expansiva, concretize direitos fundamentais obstados em razão da inércia legislativa revela-se mais claramente nos seguintes casos:

*A Equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas* (ADPF 132<sup>12</sup> e ADI 4277<sup>13</sup>, Rel. Min. Carlos Ayres Britto);

*A Legitimidade das cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas* (ADPF 186<sup>14</sup>, Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e em cargos públicos (ADC 41<sup>15</sup>, Rel. Min. Luís Roberto Barroso);

*O direito da minoria parlamentar de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos* (MS 24.831<sup>16</sup>, Relator Celso de Mello, DJ 4.8.2006);

Em todos os casos acima, em que pese a possível crítica na linha do ativismo judicial, as decisões da Suprema Corte fizeram avançar os direitos dos cidadãos.

12 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 mai 2023.

13 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 mai 2023.

14 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 17 mai 2023.

15 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 17 mai 2023.

16 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/764159>. Acesso em: 17 mai 2023.

## 5 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS – UMA VISÃO JURISPRUDENCIAL

Cite-se, ainda, importante exemplo da progressão da interpretação constitucional quanto à justiciabilidade e à concretização dos direitos sociais, a que alguns chamariam de ativismo judicial. Cabe aqui lembrar a controvérsia em torno da justiciabilidade dos direitos sociais.

Durante anos se entendeu que os direitos sociais consubstanciavam normas meramente programáticas. E era lugar-comum o poder público, ao não implementá-las, invocar a cláusula da reserva do possível. É dizer que o Estado alegava a insuficiência de recursos para se eximir do cumprimento de suas obrigações. Essa escusa foi utilizada amplamente pelos entes estatais, para justificar a ausência de implementação dos direitos sociais.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em face da necessidade de concretização desses direitos ampliou progressivamente o seu entendimento sobre o tema.

Ressalte-se, nesse sentido, o pronunciamento do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski no 3º Congresso Mundial sobre Justiça Constitucional organizado pela Comissão de Veneza em Seul, na Coreia do Sul em setembro de 2014, quando afirmou que:

A ideia sobre a qual repousa o conceito de justiciabilidade dos direitos sociais previstos na constituição é a de que a falta de uma ação governamental para implementá-los configura hipótese que legitima a intervenção judicial para dar-lhes concreção. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve a oportunidade de afirmar que ‘o Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, transgredir, com esse comportamento negativo, a própria identidade da Lei Fundamental’.

Com tais palavras, no caso concreto analisado, a Corte garantiu o *acesso de crianças de até cinco anos de idade a creches ou à pré-escola*, dever atribuído expressamente ao Estado pela Constituição brasileira (ARE 639.337-AgR<sup>17</sup>).

Movido pelo mesmo espírito, o Supremo Tribunal Federal assegurou, em outra situação, o *direito ao fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas necessitadas* (STA 175-AgR<sup>18</sup>).

---

17 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 17 mai 2023.

18 Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/sta175.pdf> . Acesso em:

E, mais: em outro caso impôs a *instalação de um corpo de defensores públicos para o atendimento da população carente, sem condições financeiras de pagar um advogado*, (AI 598.212-ED<sup>19</sup>) de modo a garantir-lhes o pleno acesso à Justiça.

Assim, o reconhecimento, pela Suprema Corte, de que se faz necessário assegurar às pessoas a fruição do mínimo existencial, conjugado com o entendimento de que a Constituição tem como pilar fundamental o postulado da dignidade da pessoa humana, passou a impor crescentes restrições à possibilidade de o Poder Público invocar a “teoria da reserva do possível”, tornando viável que os cidadãos passassem a exigir a concretização dos direitos sociais pela via judicial.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal [...] passou a identificar hipóteses em que se caracterizava uma atitude de inércia ou mesmo de negligência governamental no tocante ao cumprimento de suas responsabilidades constitucionalmente estabelecidas, assentando a *inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais*.<sup>20</sup>

A expansão interpretativa de que lançou mão o Supremo Tribunal Federal para tornar justiciáveis os direitos sociais, anteriormente considerados normas meramente programáticas, teve como resultado a efetiva concretização dos direitos sociais, o que constitui atuação com altíssimo grau de legitimidade constitucional.

Ao abordar a questão da legitimidade constitucional, é preciso vislumbrar a subjacente reflexão presente em virtualmente todas as democracias contemporâneas, quanto ao modo de seleção dos juízes constitucionais.

## 6 A SELEÇÃO DOS JUÍZES CONSTITUCIONAIS NOS DIVERSOS REGIMES JURÍDICOS.

Variados e originais são os modelos existentes. A doutrina organiza-os a partir de quatro grandes grupos, quais sejam:

---

17 mai 2023.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 17 mai 2023.

<sup>20</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. *Pronunciamento do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski na qualidade de orador principal no Terceiro Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. Seul, Corêia do Sul, 30 de setembro de 2014*. Disponível em: [https://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ\\_key-note-session\\_4-Lewandowski\\_POR.pdf](https://www.venice.coe.int/WCCJ/Seoul/docs/WCCJ_key-note-session_4-Lewandowski_POR.pdf). Acesso em: 17 mai 2023.

- (a) a indicação por instituições políticas, no modelo representativo (Coréia do Sul) ou no modelo cooperativo (EUA, Brasil Rússia);
- (b) a indicação pelo próprio Judiciário (Japão, Índia);
- (c) a indicação por um Conselho do Judiciário (Iraque);
- (d) a seleção por meio de um sistema de eleições judiciais (o modelo norte-americano para a seleção de juízes em geral).

### **6.1 A INDICAÇÃO POR INSTITUIÇÕES POLÍTICAS**

Um sistema representativo é aquele em que várias instituições selecionarão um certo percentual da composição do tribunal. Por exemplo, em muitos países da Europa de Leste, Itália e Coreia do Sul, o tribunal constitucional é formado por 1/3 dos membros nomeados pelo Presidente, 1/3 pelo legislativo e 1/3 pelo supremo tribunal. Outra variante tem 1/3 dos juízes nomeados por cada uma das duas casas do legislativo e 1/3 pelo chefe do executivo.

No sistema cooperativo, duas ou mais instituições devem cooperar para nomear membros do tribunal. Os juízes da Suprema Corte ou do Tribunal Constitucional, seja nos EUA, Brasil e na Rússia, por exemplo, devem ser indicados pelo Presidente e aprovados por uma das casas legislativas, por maioria de votos.

Em alguns sistemas, uma única instituição política domina a indicação e seleção dos juízes. No Tribunal Constitucional alemão, estes são efetivamente nomeados pelo Parlamento, cabendo a cada casa nomear um número igual de membros, por maioria qualificada, isto é, com a aprovação por 2/3.

### **6.2 A INDICAÇÃO PELO PRÓPRIO JUDICIÁRIO**

Trata-se, por exemplo, do caso da Índia, onde os juízes dos tribunais superiores são nomeados pelo Presidente após “consulta” à Suprema Corte. Desse modo, na prática, o Judiciário é, em grande parte, automeado.

Sistemas de automeação judicial também incluem aqueles em que os conselhos judiciais são compostos inteiramente por juízes. É o caso do Conselho Superior da Magistratura do Iraque.

Outro exemplo de um judiciário amplamente automeado é o do Japão. Embora o Supremo Tribunal seja nomeado através

de um processo político, a Secretaria da Suprema Corte no Japão tem total controle sobre nomeações judiciais de hierarquia inferior, inclusive quanto a treinamento, promoção e disciplina.

### **6.3 A INDICAÇÃO POR UM CONSELHO JUDICIAL**

Os conselhos judiciais são órgãos designados para isolar as funções de nomeação, promoção e disciplina de juizes do processo político-partidário enquanto, ao mesmo tempo, garantem algum grau de accountability.

### **6.4 A SELEÇÃO POR MEIO DE UM SISTEMA DE ELEIÇÕES JUDICIAIS: O MODELO NORTE-AMERICANO PARA A SELEÇÃO DOS JUÍZES EM GERAL**

Cada estado americano tem seu próprio judiciário estadual, com seu próprio sistema de nomeação.

As eleições partidárias, como o nome sugere, permitem que os juizes concorram em uma chapa do partido republicanos ou democrata.

Por outro lado, os sistemas eleitorais de retenção envolvem a nomeação *inicial* por mérito, seguido por uma eleição cerca de um ano depois de sua nomeação, na qual o juiz concorre sem oposição. O público decide, nesse momento, se mantém o juiz, ou não, com base em seu desempenho. A partir de então, o juiz estará sujeito à reeleição periódica.

Tais eleições judiciais sofrem muitas críticas da população e dos meios acadêmicos, especialmente porque o custo das eleições judiciais pode, em alguns Estados, chegar a vários milhões de dólares para uma cadeira na Suprema Corte estadual. Isto exige dos juizes arrecadar dinheiro para suas campanhas, o que pode levar à politização excessiva dos juizes. Dentre os doadores poderá haver advogados que, no futuro, atuarão perante esses juizes. Os grupos de interesse também vem aumentando suas contribuições para as eleições judiciais. Tudo isto leva a grande preocupação com a politização do sistema<sup>21</sup>.

Após essas considerações gerais sobre os quatro grandes grupos de seleção de juizes, alguns modelos interessantes de seleção dos juizes constitucionais podem ser mencionados:

21 EUA. Judicial Appointments and Judicial Independence. *United States Institute of Peace*, Janeiro. 2009.

Primeiramente, cabe indicar dois modelos os quais, de certo modo, buscam colmatar o deficit de legitimidade democrático pelo próprio modo de ascensão dos juízes à Suprema Corte.

*No caso do Japão:*

Os juízes são nomeados por um Gabinete e o Presidente da Corte Suprema pelo imperador mediante designação do Gabinete. Pelo menos dois terços devem ter experiência considerável como advogados, promotores, professores de direito ou membros de tribunais superiores. Os juízes servem vitaliciamente, mas podem ser aposentados por idade avançada ou problemas de saúde; eles também podem sofrer impeachment pela Dieta, o Parlamento japonês.

Teoricamente, o público tem algum controle sobre as nomeações para o tribunal pois na primeira eleição geral após a nomeação de um juiz da Suprema Corte, o eleitor pode expressar sua aprovação ou desaprovação; o eleitor ainda é chamado a confirmar o nome do juiz após um mandato de 10 anos.

*No caso da Alemanha:*

A Constituição alemã estabelece o processo de eleição dos membros do Tribunal Constitucional Federal em seu artigo 94<sup>22</sup>.

Uma metade dos membros do Tribunal Constitucional Federal é eleita pelo *Bundestag* (Parlamento) e a outra metade pelo *Bundesrat* (representação dos estados federados alemães). Eles não podem ser membros do *Bundestag*, do *Bundesrat*, do Governo Federal ou de qualquer um dos órgãos dos *Länder* (estados federados).

Quanto ao processo de votação para Ministros do Tribunal Constitucional Federal, os ministros escolhidos pelo *Bundestag* (Parlamento) são eleitos sem debate prévio, por voto secreto, mediante proposta de uma comissão eleitoral constituída especificamente para esse fim. A comissão eleitoral é composta por doze membros do *Bundestag*, escolhidos a partir de uma lista de candidatos propostos pelos grupos parlamentares. Para ser eleito, um

---

22 Lei Fundamental Alemã, artigo 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Eles não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a órgãos correspondentes de um Estado. (2) Uma lei federal regulará a sua organização e processo, determinando os casos em que as suas decisões terão força de lei. Poderá impor como condição para os recursos de inconstitucionalidade, que se tenha esgotado previamente as vias legais e prever um processo especial de adoção dos processos. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

juiz deve obter uma maioria de dois terços dos votos expressos e pelo menos uma maioria entre os membros do *Bundestag*.

Os juízes escolhidos pelo *Bundesrat* (representação dos estados alemães) também são eleitos por maioria de dois terços. Ao contrário do *Bundestag*, o *Bundesrat* não forma um comitê eleitoral.

Uma vez eleito um juiz, ele ou ela será nomeado pelo Presidente Federal. A nomeação é para um mandato de doze anos. Após a nomeação para o Tribunal Constitucional Federal, nenhum outro emprego externo é permitido, exceto lecionar como professor de direito.

Já no caso do Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal, são escolhidos pelo presidente da República entre os cidadãos com mais de 35 e menos de 70 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (ver artigo da CF-88)

Depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, os indicados são nomeados ministros pelo presidente da República. O cargo é privativo de brasileiros natos e não tem mandato fixo: o limite máximo é a aposentadoria compulsória, quando o ministro atinge os setenta e cinco anos de idade.

Atualmente, tramitam ou foram apresentadas várias propostas de emenda à constituição para modificar o modo de indicação e escolha de ministros do STF. Trata-se, por exemplo da PEC 275/2013<sup>23</sup>, proposta em 2013 por Luiza Erundina, que não chegou a ser votada pela Comissão. O texto cria uma Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos ministros do STJ; e altera a composição do CNJ e mantém os 11 ministros, com sugestão de que a Corte seja composta por 15 membros, devendo os novos integrantes ser nomeados pelo presidente do Congresso Nacional, após aprovação pela maioria absoluta dos membros da Câmara e do Senado. A seleção seria feita por meio de listas tríplices enviadas pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), pelo CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) e pelo Conselho Federal da OAB.

A PEC 35/2015<sup>24</sup> propõe que os ministros do Supremo Tribunal Federal tenham mandatos de dez anos. Está pronta para ser votada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

23 Disponível em : <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 17 mai. 2023.

24 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>. Acesso em: 17 mai 2023.

Finalmente, a PEC 117/2015<sup>25</sup> altera o processo de escolha dos ministros do STF e prevê que quando houver cargos vagos, assume a cadeira o ministro mais antigo do Superior Tribunal de Justiça (STJ) até que aconteça a nomeação do titular da vaga no STF.

## 7 A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL EM FACE DA ‘DIFICULDADE’ CONTRAMAJORITÁRIA.

Feitas estas considerações, cumpre tecer ponderações em torno da chamada ‘dificuldade contramajoritária’. Para tanto, note-se que o Prof. Or Bassok, constitucionalista da Universidade de Nottingham na Inglaterra, nomeia duas versões da dificuldade contramajoritária: a) aquela em que a invalidação de leis contraria posicionamento do parlamento; b) aquela em que a invalidação de leis contraria a opinião pública<sup>26</sup>. É o que contemporaneamente a doutrina identifica como dois modelos contramajoritários: as maiores populares e as maiores políticas.

Ressalte-se, ainda, a posição do Ministro Roberto Barroso quando, valendo-se do magistério de Robert Alexy e John Hat Ely, afirma que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, ao evitar a deturpação do processo democrático ou a opressão das minorias, assenta-se em dois fundamentos principais:

- a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária;
- b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias.<sup>27</sup>

Quanto à ideia de legitimidade constitucional, mostra-se essencial, no ponto, invocar também o magistério de Tobias Herbst, professor na Universidade Humboldt em Berlim, derivado de sua

25 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122879>. Acesso em: 17 mai 2023.

26 BASSOK, Or. “The two countermajoritarian difficulties.” Texto disponível na íntegra em [http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2\\_Bassok\\_Article.pdf](http://www.slu.edu/Documents/law/PLR/Archives/PLR31-2_Bassok_Article.pdf). Acesso em 05 jun. 2023.

27 BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: Renato Siqueira De Pretto Richard Pac Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka (coord.) *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 19-20. ISBN: 978-85-8191-065-9.

obra *Legitimidade constitucional por meio do processo de formação da Constituição*<sup>28</sup>, quando afirma que:

[...]a legitimidade do processo constitucional tem um sentido duplo, pois representa tanto a Legitimidade da Constituição, quanto a legitimidade do exercício do Poder Público, 'por meio do processo de formação da Constituição', o que estabelece uma diferenciação entre 'a norma de produção estatal que vincula os cidadãos e norma constitucional que emana da Nação e vincula o Estado'.

Isso indica, segundo Herbst, que se está diante de uma teorização em torno do processo de formação da Constituição (*Verfassunggebung*) e da legitimação do Poder público que se orienta sobretudo pela identificação do ente originário (o povo soberano como sujeito do processo constituinte). O que quer dizer que a noção de legitimidade e de legitimação se afastou da ideia originária apenas de proteção da liberdade do indivíduo como função precípua da Constituição (conforme revela o ideário de seu surgimento).

A soberania popular tem sido compreendida como um conceito puro, a significar que o povo reina absoluto 'com uma só vontade e tão soberano quanto um imperador [...]', o que revelaria a dimensão temporal da Constituição, pois 'enquanto transcorrer o seu tempo de duração, esta se situa acima da vontade momentânea do Povo'. É que a Constituição perderia a sua força normativa, se se curvasse, sempre e a cada momento, à vontade da maioria.

Disso decorre que o caráter normativo da Constituição se inscreve no reconhecimento de sua dimensão temporal, no sentido de que a Constituição, em sua durabilidade, se coloca acima da vontade geral, eventualmente expressa pela maioria, *o que faz diferenciar entre soberania popular e ordenamento constitucionalmente constituído*.

A ideia de durabilidade da Constituição como elemento de sua força normativa, que a coloca acima da vontade geral, estabiliza, efetivamente, a decisão fundamental realizada pelo Soberano e legitima no mais alto grau o exercício do Poder Público.

Mas a ideia de força normativa não foi, ao que parece, pensada no sentido de um enrijecimento da dinâmica constitucional, nem no de um aprisionamento da Constituição material pela Constituição formal, por meio de uma hermenêutica que, sob o pretexto de garantir a segurança jurídica e o respeito à hierarquia normativa, tornou-se limitadora do Zweck (ou seja, da função) constitucional primordial.

Como se vê, *questões de hierarquia normativa perdem o sentido quando se trata de concretizar a proteção da liberdade e o respeito à dignidade fundamental da pessoa humana*.

[...]

28 HERBST, Tobias, apud CONI, Luis Claudio. *A internacionalização do Poder Constituinte*, Ed. Fabris, 2006, p. 112-116.

Por essa razão, o processo decisório, no bojo de uma democracia representativa, possui um elevadíssimo grau de importância. *Ambos esses aspectos – tanto a garantia de proteção dos direitos individuais (fundamentais, ou sociais, como vimos) como também o processo decisório de determinado povo – são tão relevantes quanto a decisão fundamental do povo soberano para um conceito de legitimidade constitucional baseado em ‘princípios legitimadores’ dos processos de escolha política e dos compromissos institucionais continuamente realizados.*

Em consequência dessa visão, Herbst propõe três novos princípios norteadores da legitimidade constitucional: a proteção da liberdade (Freiheitssicherung), a autonomia coletiva (Kollektive Autonomie) e a capacidade de consenso duradouro (Dauerhafte Konsensfähigkeit). (grifos nossos)

Finalmente, é a afirmação da proteção da liberdade (inclusive porque este é o sentido histórico do constitucionalismo) o ponto nodal de qualquer processo de formação da Constituição, na qual esse autor reconhece uma pré-condição para a legitimidade constitucional e sem a qual, diga-se, a Constituição se torna apenas um documento formal esvaziado de sua essência. Mas, também, o processo decisório garantidor da proteção dos direitos fundamentais.

Com fundamento em todas as considerações acima, no contexto desta breve reflexão, pode-se talvez afirmar que o cidadão privado mais imediatamente reconheça a legitimidade de uma decisão tida por extrapoladora entregue com certo grau de ativismo judicial quando esta concretiza direitos fundamentais, do que haveria de reconhecê-la legítima o operador do direito acostumado às formalidades procedimentais garantidoras da operacionalidade do sistema e da manutenção do seu grau de racionalidade.

## 8 CONCLUSÃO

Finalmente, a discussão em torno da ideia de *ativismo judicial na jurisdição constitucional*, ao menos na realidade brasileira, para que o quadro geral de sua compreensão seja apreendido e configurado a partir da realidade da efetiva interpretação constitucional deve apoiar-se nos seguintes pilares:

1) no reconhecimento da omissão legislativa em face do dever constitucional de concretização de direitos fundamentais, o que em princípio implicou mera declaração de mora do Congresso Nacional

pelo Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte Suprema, posteriormente, expandido sua atuação jurisdicional até a completa entrega de decisão integrativa e concretizadora da norma constitucional;

2) na consideração da dificuldade contramajoritária quando da atuação das Cortes constitucionais. Nesse sentido, a doutrina diferencia contemporaneamente entre 'maiorias populares' e 'maiorias políticas', o que pode impactar a percepção quanto à legitimidade constitucional da decisão integrativa porventura considerada ativista;

3) na análise de diferentes experiências nacionais na indicação e escolha dos juízes constitucionais, especialmente aquelas que aparentemente buscam por esse processo de seleção colmatar o deficit de legitimidade democrática intrínseco ao Poder Judiciário, e, finalmente;

4) na noção de legitimidade constitucional a ser entendida como corolário de uma hermenêutica integrativa capaz de assegurar a função constitucional precípua, que é a garantia de proteção da liberdade e dos direitos fundamentais e, também, da relevância do respectivo processo decisório. Nesse processo, é possível o reconhecimento de um núcleo semântico intangível e da existência de uma ordem de valores que uma vez refletidos na decisão tida por ativista leva, ao contrário, à percepção pelos cidadãos, de efetiva e legítima concretização de seus direitos.

Disto parece decorrer que a distinção entre um ativismo judicial puro e simples com suposta extrapolação pelo juiz constitucional e o ativismo judicial legitimamente concretizador dos direitos fundamentais seja naturalmente perceptível.

É dizer em suma que a atuação do juiz constitucional eventualmente percebida como extrapoladora de suas atribuições, muitas vezes representa a garantia última de concretização de direitos tornados letra morta pela inação de quem lhes deveria dar corpo e efetividade.

Basta lembrar as acertadas decisões da Suprema Corte brasileira quanto à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas; à legitimidade das cotas raciais em favor de negros para ingresso em universidades públicas; ao direito da minoria parlamentar de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos; ao acesso de crianças de até cinco anos

de idade a creches ou à pré-escola; ao direito ao fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas necessitadas e à instalação de um corpo de defensores públicos para o atendimento da população carente, sem condições financeiras de pagar um advogado.

Nada obstante, resta em aberto, resolver se, ao assim agir, a jurisdição constitucional cumpre rigorosamente o seu dever de *implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional* e proteger a identidade da Constituição, ou se, por meio de uma interpretação proativa e expansiva termina por, ativamente, invadir a esfera legislativa, em detrimento da separação dos poderes.

Não há resposta pacificada quanto ao tema.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental Alemã, artigo 94 [Composição do Tribunal Constitucional Federal]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BASSOK, Or. The two counter-majoritarian difficulties. Saint Louis University School Of Law, Saint Louis, v. 31, n. 2, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234184824.pdf> Acesso em: 05 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: Renato Siqueira De Pretto Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka (coord.) Interpretação constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 31. ISBN: 978-85-8191-065-9.

BRASIL. PEC 35/2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. PEC 117/2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122879>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. PEC 275/2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. Lei 7.783/1989. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7783.HTM](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM) . Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. Lei 7.716/2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ADC 41/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ADI 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ADPF 132/RJ, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. AI 598.212-ED/PR, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. ARE 639.337-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. MI 20/DF, Rel. Celso de Mello, DJ 22.11.1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.juristas.com.br/jurisprudencias/post/stf-mi-20-df-distrito-federal-mandado-de-injunc3a7c3a3o> . Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. MI 485/MT, Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14748432> . Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. MI 585/TO, Rel. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14748153> . Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. MS 24.831/DF, Relator Celso de Mello, DJ 4.8.2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/764159> . Acesso em: 17 mai 2023.

BRASIL. STF. STA 175-AgR/CE, Rel. Ministro-Presidente. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> . Acesso em: 17 mai 2023.

CONI, Luis Claudio. A internacionalização do Poder Constituinte. Brasília/DF, Fabris, 2006.

HERBST, Tobias, Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt. Baden-Baden: Nomos, 2003.

MARTINS, Sergio Merola. Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos. São Paulo, 02 jun. 2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/> . Acesso em: 02 jun. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. Brasília, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010> . Acesso em: 17 mai. de 2023.

POSNER, Richard, The Meaning of Judicial Self-Restraint, Indiana Law Journal Winter, Volume 59, Issue 1, 1983.

EUA. Judicial Appointments and Judicial Independence. United States Institute of Peace, Janeiro. 2009. disponível em: <https://www.usip.org/sites/default/files/Judicial-Appointments-EN.pdf> Acesso em: 02 jun. 2023.

EUA, Supreme Court Of The United States. Brown v. Board of Education, May. 1954. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/brown-v-board-of-education>, Acesso em: 09 mai .2023.

EUA. Supreme Court Of The United States. Legal Information Institute. Roe v. Wade, Jan. 1973. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>, acesso em: 09 Mai 2023.

EUA. Citizens United v. Federal Election Commission, OYEZ. Ago. 2008. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/2008/08-205>, Acesso em: 09 Mai. 2023.

EUA. Federal Election Commission. Obergefell v. Hodges, 21 jan. 2010. Disponível em: <https://www.fec.gov/legal-resources/court-cases/citizens-united-v-fec/>, acesso em: 24 Maio, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Cassis de Dijon. Disponível em: <https://lawprof.co/eu-law/free-movement-of-goods-and-services-cases/case-120-78-cassis-de-dijon-1979-ecr-649/> Acesso em: 24 mai. 2023.



**AÇÕES AFIRMATIVAS EM PROL DA PARTICIPAÇÃO  
FEMININA NOS CARGOS PÚBLICOS ELETIVOS NO  
BRASIL: UM ESTUDO SOBRE IMPACTOS,  
CONQUISTAS, EMPECILHOS E INCENTIVOS**

**AFFIRMATIVE ACTIONS FOR THE FEMALE  
PARTICIPATION IN PUBLIC ELECTIVE POSITIONS  
IN BRAZIL: A STUDY ON IMPACTS, ACHIEVEMENTS,  
STRUGGLES AND INCENTIVES**

Clara Oliveira de Holanda Cavalcante \*

Elenice Ribeiro Nunes dos Santos \*\*

Stephanie dos Santos Silva \*\*\*

**RESUMO**

O artigo aborda as ações afirmativas implementadas no Brasil com o escopo de promover uma maior participação de mulheres dentre os cargos públicos eletivos de representação. Examina, portanto, através da pesquisa qualitativa, quantitativa e revisão bibliográfica os estigmas responsáveis pelo agravamento e manutenção do cenário de desigualdade de gênero, bem como realiza uma análise histórica das conquistas femininas quanto aos seus direitos políticos ao longo dos anos. Discorre, ainda, acerca da instituição das ações afirmativas, além de quais têm sido os seus efeitos e como vêm sendo legitimadas através de decisões jurisprudenciais e novos projetos de lei.

**Palavras-Chave:** ações afirmativas; gênero; estigmas; representatividade.

**ABSTRACT**

The present article approaches the affirmative actions implemented in Brazil with the purpose of promoting a bigger participation

\* Graduada de Direito na Universidade Federal da Bahia.

\*\* Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia e da Universidade Pablo de Olavide Espanha. Bolsista Capes Print na Universidade Pablo de Olavide - Espanha. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

\*\*\* Graduada em Direito na Universidade Federal da Bahia.

of women within public elective positions of representation. Therefore, it examines the stigmas responsables for the aggravation and maintenance of the scenario of gender inequality, through qualitative and quantitative research and literature review, as well as it performs a historical analysis of the feminine conquests regarding political rights through the years. In addition, the article dissertates about the institution of affirmative actions, besides which has been their effects and how they have been legitimized through jurisprudential decisions and new legislation projects.

**Keywords:** *affirmative actions; gender; stigmas; representativeness.*

## 1 INTRODUÇÃO

A ocupação de mulheres nos cargos públicos encontra obstáculos, desde o início da campanha até a sua atuação, uma vez eleitas. Com a aprovação de ações afirmativas que objetivam fomentar a presença de mulheres nos cargos eletivos criou-se a falsa noção que elas representam um privilégio e que, agora, as desigualdades de gênero no campo político estariam resolvidas. Entretanto, as medidas de incentivo, por si só, têm-se revelado falhas, ao observarmos que o percentual de vagas reservado para candidaturas femininas, desde a aprovação da medida, era insuficientemente preenchido e, nas eleições mais recentes, os partidos fizeram uso de candidatas laranjas para “se adequar” aos estímulos legalmente previstos à participação política feminina.

Revela-se, deste modo, a necessidade de estudar a fundo os impactos pretendidos e conquistados pelas medidas governamentais de estímulo e assistência ao ingresso de mulheres na política, vez que consistem em um passo de extrema importância para que consigamos, de fato, uma equidade entre gêneros nos cargos públicos representativos.

Nesse sentido, o presente trabalho procura investigar os impactos, avanços e contradições das ações afirmativas em pauta, através da revisão bibliográfica da produção acadêmica de autoras prioritariamente mulheres como principal método de pesquisa, fazendo uso da análise técnica indutivista para tecer nossas premissas acerca do crescimento gradual da presença feminina nos cargos públicos legislativos do Brasil.

Além disso, foi realizada uma análise sobre textos legislativos antigos e vigentes, bem como jurisprudências e projetos de leis cujos desdobramentos ainda se desenvolvem atualmente. Por fim, foi feito um levantamento de dados acerca das candidaturas de mulheres nos anos de 1994, 1998 e 2016 para efeito de comparação antes da implementação das cotas, imediatamente após a implementação e nas eleições mais atuais.

Entendeu-se, portanto, a necessidade de compreender e analisar o papel das mulheres nos cargos públicos e, consequentemente, das ações afirmativas dentro da construção da representatividade democrática e de que maneira elas vêm se mostrando (in)eficazes.

## **2 A SUB-REPRESENTATIVIDADE FEMININA NA POLÍTICA**

### **2.1 ESTIGMAS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE FEMININA**

O Estigma, segundo definição de Erving Goffman<sup>4</sup>, consiste em atributos retirados de preconceções e que são transformados em expectativas normativas. Ou seja, entende-se o estigma como padrões que a sociedade incorpora aos indivíduos a partir de suas características, de modo sintomático. Assim, estes atributos podem repercutir de modo negativo, restritivo e depreciativo.

Tendo como base o conceito descrito acima, é necessário compreender os estigmas que historicamente acompanham a mulher dentro da política, em especial, desde a Proclamação da República em 1889 — evento que evidencia o final da Monarquia Brasileira, sendo o início de um período que deveria contar com a discussão sobre o interesse popular.

No final do século XIX e início do XX - bem como nos tempos atuais -, a sociedade brasileira ainda carregava heranças da estratificação escravagista e aristocrática. Nesse ínterim, salienta-se que os fatores raça e classe social complementam o gênero na construção dos estigmas e das opressões sofridas. Assim, as mulheres dentro das configurações sociais possuem diferentes papéis:

---

4 GOFFMAN, Erving. *Estigma: Nota Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro. LTC, 2008. p. 5-10.

Nas palavras de um acadêmico, “a mulher escrava era, antes de tudo, uma trabalhadora em tempo integral para seu proprietário, e apenas ocasionalmente esposa, mãe e dona de casa”. A julgar pela crescente ideologia da feminilidade do século XIX, que enfatizava o papel das mulheres como mães protetoras, parceiras e donas de casa amáveis para seus maridos, as mulheres negras eram praticamente anomalias.<sup>5</sup>

Como descrito por Angela Davis, ainda que a partir de uma perspectiva norte-americana, fruto de um processo colonizatório distinto, a atribuição da mulher presente no meio oligárquico e burguês brasileiro se limitava à presença do sentimento maternal e às obrigações que a acompanhavam. Assim, a construção da mulher na sociedade era restrita à sua participação dentro do ambiente doméstico, no qual predominavam construções de famílias tradicionais com a existência do patriarcado como um lugar de posse, superioridade e chefia.

Neste contexto, o substrato biológico de ser mulher — rica e branca — é consonante com repulsa à política (“assunto de homem”). Ressalta-se que mesmo a parcela mais privilegiada das mulheres até 1932 não tinha direito a voz e, ainda com a possibilidade a partir dos anos de 1880 de acessar o ensino superior, desfrutava de uma educação restrita. Deste modo, a emancipação intelectual dependia da postura afirmativa dos pais e/ou maridos, pois tal “liberdade” não tirou as mulheres da condição de “*sexo frágil*”.

A mulher, principal responsável pela reprodução, ficará isolada na vida doméstico/privada. A ela será negada qualquer forma de participação social. O isolamento doméstico privará da experiência de organizar e planejar suas lutas, uma fonte básica de educação. Essa submissão se vê reforçada ainda mais pela ideologia da “feminilidade”. O sistema patriarcal mantém estereótipos que caracterizam a “personalidade feminina”, tais como: emotividade, conservadorismo, passividade, consumismo, etc. Estereótipos que permitem à mulher desenvolver satisfatoriamente seu papel nas esferas domésticas, onde as relações sociais se desenvolvem de forma afetiva/emocional e não a preparam totalmente para a atividade política, essência da esfera pública, onde as relações se dão à imagem e semelhança do mundo masculino.<sup>6</sup>

5 DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. 1ª ed. São Paulo. Editora Boitempo, 2016. p. 24

6 COSTA, Ana Alice Alcantara. *As donas no poder: mulher e política na Bahia*. Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a mulher, v.2. FFCH, Universidade Federal da Bahia, 1998. p. 47

É fulcral apontar que, nesse mesmo período, crescem as reivindicações e lutas feministas nos países europeus e nos Estados Unidos. As mulheres brasileiras começam a, em maior volume, discutir sobre a sua inserção dentro da política, sendo criado em 1910 o Partido Republicano Feminino (PRF)<sup>7</sup>, que contou com a luta de Leolinda Daltro, mulher que liderou diversas passeatas pelo direito ao voto, além de ser ativista pelos direitos e resistência indígena. Alcançou-se, assim, em 1932, após a derrota em 1891, no decreto 21.076<sup>8</sup> assinado pelo presidente Getúlio Vargas, a homologação do voto feminino pelos termos do Art. 2º e 121 como facultativo, mantendo a proibição para analfabetos e mendigos.

No que tange a posição das mulheres negras na sociedade brasileira, salienta-se que, apesar de não ingressarem na política pública, seus corpos sempre ocuparam um posicionamento político de resistência. Discute-se que a crescente presença de mulheres brancas nas pautas políticas foi possibilitada a partir do ócio e manutenção de seus privilégios<sup>9</sup>, enquanto as mulheres negras lutavam diariamente pela sua sobrevivência e de seus filhos.

Ainda que a abolição tenha ocorrido em 1888, não foi formada uma estrutura capaz de retirar as mulheres negras dentro do torpe e nefasto sistema escravagista. Não houve políticas de inserção que as tirassem da posição de *incógnitas sociais* e lhe dessem a possibilidade de, ao menos, serem cidadãs brasileiras. Desse modo, nascem “sub-profissões” relacionadas ao cuidado, as quais mantiveram os estigmas e a posição da mulher nesse sentido, como lavadeira, faxineira ou cuidadora de criança<sup>10</sup>.

Com isso, Ana Flauzina e Thula Pires<sup>11</sup> ressaltam como a estrutura da masculinidade tóxica enraizada é performada por

7 MEDEIROS, Thais Karolina Ferreira de; CHAVES, Maria Carmem. Representatividade na política brasileira: a evolução dos direitos femininos. *Facipe*, v. 3, n. 2, p. 99-119, nov. 2017.

8 BRASIL. *Decreto Federal Nº 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932*. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

9 COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. *Rev. psicol. polit.* São Paulo, v. 9, n. 17, p. 85-99, 2009. ISSN 2175-1390.

10 A profissão da empregada doméstica, uma extensão das atividades escravocratas em que as mulheres negras repetem os papéis de ama de leite e cuidadora da ordem e limpeza da casa em uma as nova concepção e perspectiva da casa grande, quase 1/3 (21%) das mulheres negras, segundos dados do IPEA, são empregadas domésticas.

11 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula. *Uma Conversa de Pretas Sobre Violência Sexual*. In: PIMENTEL, Silvia; ARAÚJO, Siméia de Melo; MELO, Mônica de; PEREIRA, Beatriz (Orgs.) *Raça e Gênero: Discriminações, Interseccionalidades e Resistências*. São Paulo: EDUC, 2020, p. 65-88..

homens brancos que se utilizam da construção do privilégio estrutural, através do que as autoras denominam de delírio narcisista — responsável por determinar a sua alegoria como arquétipo da supremacia — que supostamente os permitem agredir e violar as mulheres negras e indígenas, impondo-as a condição de objeto de satisfação.

De mulheres como Dandara, Luiza Mahin e Maria Felipa, líderes nas lutas por emancipação do regime escravocrata, nasceram as mulheres negras que lutaram contra o regime moderno de subordinação e servidão. Entretanto, o racismo somado com o preconceito de gênero foi capaz de gerar estigmas que perseguem as mulheres negras e são responsáveis por cercear sua legítima competência e entrada no mercado formal, invisibilizando-as.

Assim, a partir dessas amarras históricas, é possível compreender, mesmo após décadas se passarem, que a luta das mulheres persiste e ganha novos contornos. Os afazeres domésticos e a gerência do lar ainda são estigmatizados como ofícios prioritariamente femininos. Além disso, a própria inserção das mulheres no mercado de trabalho, a qual ocorreu a partir da década de 70, não se deu de forma abrangente e homogênea, vez que os cargos mais altos se mantiveram com a presença predominante de homens brancos, enquanto as mulheres contam, até os dias atuais, com diversos empecilhos para a ascensão profissional.

Alcançar o prestígio empregatício sendo mulher, como demonstrado anteriormente, é um caminho cheio de percalços. Atualmente, segundo dados divulgados pelo G1 vinculado à Rede Globo de Comunicações, apenas 15% das mulheres estão no mais alto nível das corporações e 3 a cada 10 pessoas afirmam se sentirem desconfortáveis por ter uma chefe mulher. No que tange à política, o regime democrático é construído para que haja uma representação legítima e responsável por dar voz à população.

Entretanto, a história brasileira coleciona registros da instabilidade deste regime, o qual foi instaurado em um terreno aristocrata de raízes latifundiárias, escravocratas e misóginas. A democracia vem sendo suprimida e burlada desde seu início, seja com a proibição de cidadania e voto de mulheres, analfabetos e indígenas ou com as ditaduras que assolaram o país desde o início da Proclamação da República.

Atualmente, segundo dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) feita pelo IBGE em 2019<sup>12</sup>, a população brasileira é composta por 51,8% de mulheres. Inobstante comporem mais da metade da população, a presença de mulheres no governo liderado por Jair Messias Bolsonaro, a partir de dados retirados do site da Câmara Legislativa, é ínfima - existem, por exemplo, apenas 2 ministras dentre as 22 pessoas que ocupam o cargo de escolha do presidente.

Então, com lamentosos dados, o Brasil ocupa a posição 152º no total de 188 países no ranking de representatividade no governo<sup>13</sup>. Quando é analisado o parlamento, o cenário permanece congênere, possuindo apenas 77 deputadas entre as 513 cadeiras e somente 12 senadoras entre as 88. Ressalta-se, ainda, que mesmo aquelas que conseguem adentrar o espaço político encontram barreiras ao reconhecimento e prestígio - observa-se, a título exemplificativo, que nenhuma mulher nunca ocupou a posição de presidência da Câmara dos Deputados ou do Senado, e ao analisarmos as Comissões Permanentes, no ano de 2019, apenas 16% das mulheres ocupavam o cargo de presidência.

Analisando os números, é notório que as mulheres não ocupam cargos políticos de modo significativo. Dessa forma, a representatividade é irrisória e o protagonismo é tratado como subsidiário quando posto ao lado do interesse das grandes corporações. Entende-se, portanto, que o poder majoritário vigente não tem como objetivo e plano de governo a mudança do *status quo*.

A partir da expressiva falta de mulheres dentro do parlamento, é fulcral que se esclareça e ressalte a importância da ocupação feminina dentro dos espaços políticos. A falta de visibilidade se posiciona como uma violência simbólica aos corpos que são ignorados politicamente. Como apontado, a mudança de paradigma exige a diversificação do parlamento, onde as vivências sejam um ponto importante de debate. A escuta sobre as experiências que

---

12 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua*. Rio de Janeiro, 2019.

13 SILVEIRA, Daniela. Em ranking de 190 países sobre presença feminina em parlamentos, Brasil ocupa a 152ª posição. *Portal G1*, 07 de março de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/em-ranking-de-190-paises-sobre-presenca-feminina-em-parlamentos-brasil-ocupa-a-152-posicao.ghtml>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

pertencem a uma grande parcela da população é capaz de incentivar reflexões e construir uma dialética para o estímulo de criações políticas que proporcionem uma melhoria de estilo de vida.

A pauta da representabilidade torna um ideal democrático pautado na isonomia. A título exemplificativo, apenas nas eleições de 2018 o Brasil teve a primeira Deputada Federal indígena eleita, Joênia Batista de Carvalho, do povo Wapichana - assim, nota-se que a representatividade dá pequenos passos para se tornar efetiva em território nacional.

A presença feminina dentro do parlamento foi proporcionada através do rompimento do padrão sistemático enraizado. Alcançar o espaço de poder dentro da esfera pública significa ultrapassar barreiras de estigmas, mas também barreiras materializadas, como o menor investimento em candidaturas femininas pelos partidos ou o próprio boicote partidário das cotas, tema que será aprofundado posteriormente. Essa figura será responsável por se tornar uma inspiração para aquelas que jamais acreditariam na possibilidade de se tornar representante das vozes, que assim como elas, foram silenciadas.

## **2.2 AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

A Constituição de 1988<sup>14</sup> representou um marco progressista no que diz respeito aos direitos femininos. A igualdade entre homens e mulheres prevista no inciso I do artigo 5º é a primeira evidência de uma abordagem constitucional mais equânime e sensível às discrepâncias de direitos e tratamentos referentes aos sexos ao longo do tempo no Brasil e suas sequelas. A luta feminista, que por muito tempo foi tratada como secundária, começava a ganhar espaço nas discussões públicas e nos textos legislativos.

Neste diapasão é que foi aprovada a primeira lei que determinaria ações afirmativas em prol da participação feminina no Brasil, em 29 de setembro de 1995, referente aos cargos legislativos municipais. A Lei 9.100/95, em seu artigo 11, §3º, estabeleceu que os partidos políticos deveriam reservar pelo menos 20% de suas vagas às candidatas mulheres.

---

14 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 20 de setembro de 2020.

Lei Nº 9.100, de 29 de setembro de 1995 (Diário Oficial da União de 02/10/95)

Artigo 11. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara Municipal até cento e vinte por cento do número de lugares a preencher. [...]

§ 3º Vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Posteriormente, em 1997, foi aprovada lei eleitoral prenuiciando a reserva de cotas para mulheres nos âmbitos estadual e federal. A percentagem de candidaturas reservada seria transitoriamente de 25%, e posteriormente de 30%, conforme a Lei nº 9.504/1997.

Todavia, sua homologação não ocorreu sem ressalvas<sup>15</sup>. Muitas foram as críticas quanto a uma suposta “inconstitucionalidade” do dispositivo, ao estipular a reserva de 30% das vagas de candidatura de cada partido às mulheres. Tantas foram as reprimendas que o texto legal foi alterado, de modo a melhor atender ao objetivo da medida de atingir a igualdade entre gêneros, prevendo então a reserva de no mínimo 30% e no máximo 70% “para cada sexo”. É dispensável falar que não havia fundamento lógico e legal para as acusações de inconstitucionalidade.

A interpretação da Carta Magna não deve ser literal, sem influências históricas e sociológicas - se o inciso I do artigo 5º estabelece a igualdade entre homens e mulheres, é porque historicamente essa igualdade não ocorreu, e as sequelas dessa discriminação eram perceptíveis até então, como ainda hoje o são. A igualdade que buscavam garantir os constitucionalistas não era meramente formal, mas também material. Não há que se argumentar, todavia, em uma conquista da igualdade em prol dos homens, sendo prescindível explicitar em texto constitucional uma reserva de vagas para ambos os sexos, vez que apenas um destes se encontra marginalizado.

Além disso, a preocupação com a paridade, para que nenhum dos gêneros tenha superioridade sobre o outro na representação, não é convincente. Parece surreal o legislador acreditar que a mulher, até então sub-representada em todas as instâncias de poder, venha a superar o homem nas eleições por causa das cotas. Todas as evidências demonstram que os homens não necessitam de proteção especial da lei para garantir os seus direitos de acesso aos

15 GROSSI, Miriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 167-206, 2001.

cargos eletivos, em resumo não fazem parte de um grupo vulnerável ou minoria, como as mulheres.<sup>16</sup>

A mera afirmação da equidade em texto normativo nada fará pelos grupos discriminados se não forem determinadas medidas de redução da segregação e promoção da igualdade material. Há duas vias de ação decorrentes da previsão de equidade constante na Constituição: a primeira, de erradicação das desigualdades internalizadas em uma sociedade que se firmou em raízes racistas, patriarcais e colonizadas - um processo longo e gradual, cujos efeitos só serão sentidos nas gerações por vir; a segunda é a determinação de medidas mais incisivas que amenizem os efeitos de uma desigualdade que está, inegavelmente, presente em todos os âmbitos da sociedade.

É esta a base das ações afirmativas, que procuram priorizar os grupos desprivilegiados com o intuito de permitir que esses tenham as mesmas oportunidades que os demais. Apesar do que defendia a ala liberal desse período, a mera garantia do direito das mulheres de se candidatarem e serem votadas não é suficiente para que se afirme a sua igualdade em relação aos homens. A falta de capital político e recursos financeiros e o machismo internalizado por maior parte da sociedade são apenas alguns dos empecilhos que recaem sobre candidatas do sexo feminino, tornando a competição entre os gêneros desigual e injusta.

A procura pela igualdade material de homens e mulheres se evidencia no próprio texto constitucional, o qual garante de maneira diferenciada determinados direitos, tendo em vista as características e circunstâncias inerentes aos gêneros - a exemplo da licença-gestação (art. 7, XVIII e XIX) e normas protetoras de incentivo ao trabalho (art. 7, XX). Essas normas mostram a consciência dos constitucionalistas de que diferentes grupos de pessoas possuem diferentes demandas, e cabe ao Estado reconhecer estas distinções e garantir que, apesar delas, todos os cidadãos e cidadãs terão as mesmas chances, oportunidades, direitos e obrigações<sup>17</sup>.

16 MARTINS, Eneida Valarini. Monografia. *A política de cotas e a representação feminina na câmara dos deputados*. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados. Brasília, 2007. p. 21

17 Nesse ínterim, salienta-se a Constituição Boliviana que aborda a igualdade de gênero na Suprema Corte, bem como a Constituinte do Chile que foi convocada com a previsão de igualdade de gênero na representação. Assim, observa-se que vêm ocorrendo avanços no constitucionalismo pluralista na América Latina.

A igualdade prevista no inciso I, artigo 5º pode (e deve) ser interpretada tanto como um ponto de partida quanto como um destino a ser atingido. Devemos interpretar as normas do nosso ordenamento jurídico pressupondo a igualdade de gênero em oportunidades, direitos e obrigações, nos limites das suas diferenças, assim como devemos buscar novas formas de se obter essa igualdade no meio prático, e respeitar e legitimar os avanços já estabelecidos.

Na prática, não houve nenhuma consequência em relação à aplicação da lei pela alteração do texto constitucional - os 30% de candidatos homens já tinham seu lugar garantido em qualquer partido desde as origens da política brasileira. Todavia, a lógica e ideologia por trás das críticas e modificação da norma legislativa denunciam os grandes obstáculos que as mulheres que desejam ter uma carreira política encontram pela frente.

Por fim, deve-se ressaltar que a presença minimamente comparável de mulheres e homens nos cargos eletivos de poder público é um pressuposto para que o ideal democrático seja atingido. Isto porque a democracia representativa baseia-se num governo que atenda ao povo e a todas as suas nuances e, por mais que seja possível (apesar de raro) que homens possam defender os direitos femininos, a vivência da mulher é essencial para a sua adequada proteção. Assim, se faz mister a observação de medidas afirmativas e sua previsão constitucional para que se possa perfazer a igualdade de gênero nos cargos de poder, requisito necessário à plena execução do Estado Democrático de Direito.

### **3 POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE GÊNERO**

#### **3.1. CONQUISTA E CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE GÊNERO NO BRASIL**

A figura política da mulher é limitada e marginalizada desde os exórdios da política brasileira, cujo marco inicial ocorreu com o surgimento do voto no Brasil em 1532, ainda no período colonial. Em uma luta árdua que perdura até a atualidade, as mulheres vêm conquistando e ampliando seus direitos políticos, com o objetivo de alcançar não só a igualdade formal, mas também a igualdade material em relação aos direitos que são concedidos aos homens

brancos da elite desde os primórdios do nosso Estado. No entanto, foram necessários séculos de reivindicações para que sequer o direito ao voto fosse conferido às brasileiras.

Mesmo os textos constitucionais que não excluía expressamente a possibilidade de voto feminino o faziam na prática. A Constituição de 1824<sup>18</sup>, que conferia a todos os cidadãos brasileiros no gozo de seus direitos políticos e estrangeiros naturalizados o direito ao voto, era interpretada limitadamente, de modo a manter a exclusão das mulheres por não serem entendidas como cidadãs, uma vez que eram sempre subordinadas aos interesses de outrem - se não de seus maridos, de seus pais ou figuras masculinas de parentalidade mais próxima.

Além disso, era exigida renda mínima para votar, o que impossibilitava o exercício do poder político por maioria das mulheres da época, que estavam inseridas na vida e cuidados privados, sem acesso à renda própria. Posteriormente, foi exigido o alistamento militar como requisito para o voto na Constituição de 1891, período em que a presença feminina no exército era ínfima, por diversos motivos que ligavam as mulheres ao ambiente doméstico.

A Proclamação da República, em 1889, também não possibilitou grandes alterações nesse cenário. Foi apenas em 1928 que pela primeira vez no Brasil 15 mulheres puderam votar, no estado do Rio Grande do Norte, após o então Presidente da Província Juvenal Lamartine proferir lei permitindo expressamente o direito feminino ao voto no estado. Esse pequeno progresso, no entanto, foi logo anulado pela Comissão de Poderes do Senado Federal, afirmando a necessidade de lei federal que corroborasse com a concessão.<sup>19</sup>

Neste período, o movimento feminista já havia começado a tomar espaço na metamorfose da política brasileira - em 1910, a professora Deolinda Daltro fundou o Partido Republicano Feminino, e em 1919 a ativista Bertha Luz criou a Liga para Emancipação Intelectual da Mulher. É necessário frisar, no entanto, que o movimento era então composto majoritariamente por mulheres brancas

18 BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm).

19 SOW, M. M. A participação Feminina na Construção de um Parlamento democrático. *Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação*. Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. n. 5, p.79-94, 2010.

integrantes da burguesia - muitas eram mães, esposas ou irmãs de membros ativos da política brasileira, o que foi definitivamente um facilitador para que se conquistasse a legitimidade das propostas. É o que Pierre Bourdieu, ao discorrer sobre a dominação simbólica, definiria como capital político<sup>20</sup> - mais especificamente definido no entendimento brasileiro como capital político familiar<sup>21</sup>, ou seja, a relevância e alcance políticos garantidos a determinado indivíduo por este apresentar relação com membros que já participavam de cargos públicos tradicionalmente. Este tipo de influência, é claro, não se estendia às mulheres negras, que se viam marginalizadas e desprovidas de direitos públicos básicos por diversas outras nuances para além da problemática do gênero<sup>22</sup>.

Apesar de suas idiossincrasias, a pressão feita pela luta feminista foi essencial para a promulgação do Decreto 21.076 de 1932, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas, que aprovou o voto feminino para mulheres solteiras com renda própria, viúvas e casadas, desde que com a autorização de seus maridos. Em 1934, a Constituição Brasileira previu expressamente o direito ao voto a todas as mulheres, e em 1946 foi determinada a sua obrigatoriedade.

Uma vez conquistada a igualdade formal, com a possibilidade de elegerem e serem eleitas, as brasileiras ainda enfrentam um longo caminho rumo à igualdade material. O número de mulheres que se candidatam a cargos públicos desde que lhes foi possibilitado esse direito é significativamente menor que o número de homens e, dentre estas, o número de candidatas eleitas é ínfimo. Tornou-se evidente, então, a necessidade de elaborar medidas de fomento à participação feminina na política.

Segundo a autora Sabrina Moehlecke<sup>23</sup>, as ações afirmativas consistem em medidas de combate à discriminação através da amortização do desequilíbrio de oportunidades. Essas políticas

20 BOURDIEU, P. *O campo político*, 21 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rb-cpol/a/3JY6Zsr9yVZGz8BYr5TfCRG/>. Acesso em: 02/06/2023.

21 MACHADO, C. MARQUES, D. MIGUEL, L.F., *Capital Familiar e Carreira Política no Brasil: Gênero, Partido e Região nas Trajetórias para a Câmara dos Deputados*, Jul-Set 2015. Disponível em <https://doi.org/10.1590/00115258201557>. Acesso em: 01/06/2023.

22 VALVERDE, Daniela Bianca da Silva. *A carta das mulheres brasileiras à assembleia constituinte 1987/1988: os movimentos de mulheres e a redemocratização*. Monografia. Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de pesquisa e desenvolvimento – ICPD. Brasília, 2014.

23 MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. *Cad. Pesqui.* [online]. 2002, n.117, p.197-217, 2002. ISSN 1980-5314.

compensatórias são aplicadas em prol de grupos marginalizados da sociedade com o intuito de garantir a igualdade de circunstâncias para as diversas esferas da vida dentro do corpo social. Neste diapasão, o movimento feminista, com o suporte inclusive de membros da Câmara, pleiteou a premência de políticas que visassem a promoção e legitimidade da presença feminina nos cargos públicos eletivos. Foi então que, em 1997, foi aprovado o Projeto de Lei nº 2.695, que previu a reserva de vagas para mulheres nas candidaturas de cada partido.

Apesar da inegável conquista que as primeiras ações afirmativas voltadas para mulheres representavam, pouco se fala nos esforços empreendidos por parcela dos representantes públicos do período para mitigar os seus efeitos. Concomitantemente à homologação do projeto de lei, foi aprovada nova modificação eleitoral: haveria um aumento da previsão do número máximo de candidaturas que cada partido poderia lançar para determinado cargo. Antes, este número era de 100%, ou seja, para cada cargo público a ser preenchido, os partidos poderiam lançar um candidato. Todavia, no momento em que foi aprovada a reserva de 20% de vagas do número total de candidaturas para mulheres, aprovou-se também que o número máximo de candidaturas por partido passaria a ser 120% do número de cargos.

Em números absolutos, antes da aprovação do projeto, se houvesse 100 cargos a serem preenchidos, os partidos políticos poderiam lançar 100 candidatos, sem previsões ou limitações de gênero. Após a aprovação da primeira reserva, os partidos passaram a poder lançar 120 candidatos - dos quais 20% (ou seja, 24 candidaturas) deveriam ser mulheres, restando 96 candidaturas possíveis para homens. Ressalta-se que, no período, a reserva de vagas era de preenchimento facultativo, logo, não garantiria que as mulheres de fato se candidatassem, apenas limitava o número de candidaturas possíveis para os homens. Observa-se, então, que a imposição feita aos partidos não teria grandes efeitos práticos, pois apenas limitaria um pequeno número de homens de lançarem suas candidaturas, sem garantir, no entanto, o lançamento da candidatura de mulheres.

Quando a previsão da reserva de vagas aumentou para 30%, o teto de candidaturas aumentou para 150% das vagas disponí-

veis. Ou seja, a cada 100 cargos a serem preenchidos, poderiam ser candidatos por partido no máximo 105 homens - mais do que seria possível antes da aprovação das primeiras cotas –, e estariam reservadas para as mulheres 45 vagas, sem obrigação de preenchimento.

Essa análise nos ajuda a entender porque nos primeiros anos após a aprovação da reserva de vagas os efeitos foram menores do que o esperado. Não houve real coerção aos partidos para colocarem mulheres dentre seu rol de candidatos, assim como a diminuição do máximo de candidatos homens, numericamente, foi ínfima. A autora Eneida Valarini Martins<sup>24</sup> frisa que o número de pessoas que votavam em mulheres permaneceu praticamente o mesmo, enquanto o número de candidatas crescia – sem, no entanto, haver uma diminuição dos candidatos masculinos. Assim, as mulheres acabavam disputando entre si, gerando uma divisão de votos e a dificuldade de chegarem à eleição.

Esse cenário apresentou melhorias apenas em 2009, quando foi determinado o preenchimento obrigatório das vagas reservadas para mulheres. Só assim é que os partidos políticos passaram a realmente observar os efeitos pretendidos pelas medidas da Lei 9.504/97.

Além da reserva de vagas, o TSE emitiu em 17 de dezembro 2019 a Resolução nº 23.605, cujo art. 6º, §1º, determina que cada partido deverá observar a proporcionalidade da distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) de acordo com a percentagem de candidatos de cada gênero, estabelecido o limite de 30%.

Art. 6 Os recursos do FEFC ficarão à disposição do partido político somente após a definição dos critérios para a sua distribuição, os quais devem ser aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido (Lei nº 9.504/1997, art. 16-C, § 7º).

§ 1º Os critérios a serem fixados pela direção executiva nacional do partido devem prever a obrigação de aplicação do total recebido do FEFC de modo proporcional ao número de candidatas do partido ou da coligação, observado, em todo caso, o mínimo de 30% (trinta por cento) (STF: ADI nº 5.617/DF, j. em 15.03.2018, e TSE: Consulta nº 0600252-18, j. em 22.05.2018).

---

24 MARTINS, Eneida Valarini. Monografia. *A política de cotas e a representação feminina na câmara dos deputados*. Biblioteca Digital Câmara dos Deputados. Brasília, 2007. p. 30-35.

Neste diapasão, o TSE também fixou a reserva de tempo por partido de propaganda eleitoral gratuita em rádio e televisão sob os mesmos parâmetros. As determinações do Tribunal se fundamentaram no voto da Ministra Rosa Weber à Consulta nº 0600252-18, bem como no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617/DF, que debateu a inconstitucionalidade do art. 9 da Lei 13.165/2015, o qual previa o teto de 15% da quantia do FEFC para a aplicação às candidaturas femininas. No teor da ADI, o Ministro-Relator Edson Fachin estabeleceu, dentre as premissas:

[...] Quarta: A igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados. Quinta: A participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado, uma vez que a ampliação da participação pública feminina permite equacionar as medidas destinadas ao atendimento das demandas sociais das mulheres.

Percebe-se, então, que a instituição de políticas afirmativas quanto ao gênero é parte de uma luta de longa data, em que estas ações constituem não o fim, mas sim o ponto de partida: são medidas que se fazem essenciais para a garantia da participação igualitária de mulheres nos cargos públicos de poder, e é esta participação que permitirá mudanças cada vez mais contundentes quanto aos papéis e oportunidades determinados a cada gênero na sociedade.

Todavia, é necessária a preocupação com o funcionamento destas ações afirmativas na prática. Ao longo dos anos, os efeitos das políticas afirmativas vêm sendo aquém do esperado, e são muitos os casos de partidos que burlam as determinações de modo a manter o status quo e a ínfima participação feminina nos cargos eleitorais. Desta forma, os órgãos eleitorais vêm exercendo duplo papel pelo incentivo à presença de mulheres na política: primeiro, instituindo medidas que auxiliem na conquista deste objetivo, e segundo, fiscalizando e sancionando os entes políticos que não ajam de acordo com as medidas instituídas.

## 3.2. COMBATE À FRAUDE DE AÇÕES AFIRMATIVAS

### 3.2.1 PROJETO DE LEI

A Senadora Mailza Gomes, eleita pelo Partido Progressista, propôs o Projeto de Lei nº 1.541/2019 para incentivar as candidaturas femininas e combater as fraudes às cotas de gênero, estruturando e direcionando a possibilidade de denúncias. Todavia, mesmo com a verificação realizada no momento da candidatura pelo Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), através de uma análise documental percebe-se que ainda ocorrem inscrições fraudulentas, as quais não são detectadas no momento da inspeção.

Entende-se, portanto, o obscurantismo da lei no que tange às medidas a serem tomadas após a aferição feita pelo DRAP. Com isso, a proposta insere incisos dentro do Artigo 10 da Lei nº 9.504/97 com objetivo de conduzir as denúncias, apontando quem poderá fazê-las, qual o procedimento, quem será citado como autor e quais as punições para o descumprimento.

Atualmente em tramitação, o Projeto de Lei 1541/2019 foi aprovado pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça e tem como relatora a Senadora Daniella Ribeiro:

Art. 1º. A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 10. § 6º. Qualquer candidato, partido político ou o Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias da diplomação, relatando fatos, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar descumprimento à cota de gênero prevista no § 3º deste artigo mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. (AC)  
[...]

§ 8º. Serão citados o partido político; seus candidatos, na condição de autores ou beneficiários da ilicitude; e os dirigentes partidários ou delegados responsáveis pela apresentação do DRAP – Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários e registros de candidatura dos candidatos à Justiça Eleitoral. (AC)

§ 9º. Comprovado o descumprimento à cota de gênero prevista no § 3º deste artigo, serão cassados o registro do DRAP – Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários e o registro ou diploma dos candidatos a ele vinculados, sejam eles autores ou beneficiários da irregularidade, sem prejuízo da aplicação de multa solidária no valor de R\$

100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ao partido político e aos responsáveis pela conduta, candidatos ou não. (AC)

Art. 2º. A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), passa a vigorar com a seguinte alteração: “Art. 354-B. Frustrar o candidato, o dirigente ou delegado partidário, o cumprimento do disposto no § 3º, do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30/09/1991, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Pena. Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, não sendo candidato, dirigente ou delegado partidário, de qualquer modo, concorre para o crime. (AC)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.<sup>25</sup>

Esse Projeto representa o preenchimento de uma lacuna normativa e auxilia na prevenção de fraudes nas cotas de gênero. Entretanto, tal medida apenas reforça a necessidade de uma nova cultura partidária, cuja estrutura atual é cercada de óbices no que tange às candidaturas femininas para pleitear por posições legislativas, podendo ser utilizada como uma arma política para manutenção de *lobbies*.

De modo antagônico às lutas por ampliação da Legislação de Cotas de Gênero no Congresso Nacional, o Senador Angelo Coronel do Partido Social Democrático (PSD), apresentou um Projeto de Lei que objetiva a revogação da Lei de Cotas (nº 1256, de 2019). A proposta apresentada tem como argumento a ineficácia da lei e a limitação da autonomia partidária. Assim, mesmo com a rejeição por Comissão de Constituição e Justiça em decisão terminativa, Angelo Coronel fomentou a discussão da eficácia da lei:

O projeto presta uma homenagem à igualdade. Homens e mulheres devem ter iguais condições de concorrer às vagas a serem preenchidas. Ademais, acrescenta-se que a medida hoje existente é uma cota para ambos os sexos, impedindo, a rigor, que um partido tenha também mais de 70% de participação feminina. Este projeto consagra também, portanto, a liberdade. Os partidos podem ter até 100% de participação feminina se assim o desejarem.<sup>26</sup>

---

25 GOMES, Mailza. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1541 de 2019*. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), com o fim de aperfeiçoar a legislação eleitoral no combate à fraude à cota de gênero. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7928792&ts=1624912626988&disposition=inline>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

26 CORONEL, Ângelo. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senador Angelo Coronel*. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d->

É necessário salientar que não existem condições iguais para o preenchimento de vagas, o número de mulheres que concorrem para cargos no Legislativo, como mostrado anteriormente, é consideravelmente menor do que o dos homens. Conclui-se, assim, que mesmo com a argumentação em consonância com a existência de um protagonismo feminino, o Senador, reproduzindo discursos a partir do senso comum, incita uma ofensa a todas as mulheres que, constitucionalmente, lutaram para ocupar ambientes políticos.

A Deputada Carmen Zanotto (CIDADANIA) apresentou um Projeto de Lei que visa ampliar a atuação das cotas de gênero, abarcando o Poder Executivo. O Projeto parte da identificação da restrita participação feminina dentro da política no âmbito Executivo em todas as entidades federativas brasileiras. A partir disso, propõe:

Art. 1º O art. 2º da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte §: “§ 5º Na composição das chapas de candidatos a Presidente e Vice-Presidente, bem como de Governador e Vice-Governador, será assegurada a participação de ambos os gêneros.” (NR)

Art. 2º O art. 3º da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte §: “§ 3º Na composição das chapas de candidatos a Prefeito e Vice-Prefeito será assegurada a participação de ambos os gêneros.” (NR)<sup>27</sup>

Como foi apontado, as propostas que versam sobre a dilatação das leis responsáveis por ampliar a presença feminina dentro do ambiente parlamentar foram planejadas por mulheres. São preponderantemente ferramentas legislativas para o alcance da igualdade constitucionalmente prevista, sendo capazes de sedimentar a construção da representatividade.

Entretanto, o entendimento sobre a necessidade dessa política não é homogêneo e pacificado, como apontado na leitura do Projeto de Lei sugerido pelo Senador Ângelo Coronel. Existe uma linha de pensamento contrária que a deslegitima através da argumentação meritocrata, utilizando retóricas baseadas em estigmas anterior-

---

m=7922137&ts=1551309840584&disposition=inline. Acesso em: 30 de Agosto de 2020. Texto Original.

27 BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 331/2019*. Altera a Lei Ordinária nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 que dispõe sobre a legislação eleitoral. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA20C711C4F228B48D64CD4D081D99B.proposicoesWebExterno2?codteor=1713915&filename=Avulso+-PL+331/2019e](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA20C711C4F228B48D64CD4D081D99B.proposicoesWebExterno2?codteor=1713915&filename=Avulso+-PL+331/2019e). Acesso em: 30 de Agosto de 2020.

Texto Original.

mente apresentados e insistindo na superficialidade inerentes aos preconceitos de gênero.

### 3.2.2 DECISÕES JUDICIAIS / JURISPRUDÊNCIAS

Uma vez em vigor os dispositivos legais que preveem as ditas ações afirmativas, surge a preocupação em garantir o seu pleno cumprimento. Muitos partidos tendem a desprezar as medidas determinadas ou a tentar burlá-las. Incide, então, a atuação da Justiça Eleitoral, de modo a aplicar a esses partidos as devidas punições e então legitimar as políticas afirmativas legalmente previstas. Cabe ressaltar que, através da promulgação do primeiro Código Eleitoral, definiu-se a separação da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral. Esta se torna então um órgão jurisdicional especializado responsável pela regulamentação, administração e jurisdição do processo eleitoral e suas respectivas normas e demandas. O Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e as Juntas Eleitorais atuam para garantir o cumprimento das normas estabelecidas para o processo de eleição antes, durante e após a sua ocorrência. A separação da Justiça Eleitoral em um subsistema jurisdicional assegura maior controle e legitimidade sobre as decisões, livre das intervenções que possivelmente ocorreriam dentro da Justiça Comum. Dessa forma, o julgamento de questões atinentes ao cumprimento dos parâmetros e medidas previstas para o processo eleitoral ocorre em Tribunais Especializados, responsáveis pelo pleno funcionamento de eleições democráticas - o que inclui, é claro, a garantia de condições de igualdade entre todos os eleitores e candidatos<sup>28</sup>.

Em 2017, o Tribunal Superior Eleitoral desproveu agravo regimental interposto pelo Partido da República (PR), o qual se refere à sentença protocolada no TRE de Pernambuco pela inobservância do tempo mínimo para promoção da participação política feminina. O PR foi condenado à perda de 10 minutos da propaganda eleitoral garantida nos veículos estaduais; em sua defesa, argumentou ser sua responsabilização um atentado à autonomia partidária prevista constitucionalmente.

Ao fundamentar a decisão que, por unanimidade, manteve a decisão condenatória, a Ministra Relatora Luciana Lóssio explicou

---

28 GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. 15. ed. São Paulo: Atlas, p. 88-91, 2019.

e reafirmou a importância das ações afirmativas e necessidade da sua garantia pelo Poder Judiciário:

“[...] não há espaço para a Justiça Eleitoral, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, abrandar a penalidade prevista no art. 45, § 2º, II, da Lei n. 9.096/95, especialmente por se tratar de política pública afirmativa que visa atenuar grave déficit na representação política feminina que leva o Brasil a ocupar desonrosa colocação no cenário mundial. Admitir a incidência dos referidos princípios, para atenuação da sanção, seria o mesmo que convalidar uma mera promessa retórica. A destinação de pelo menos 10% (dez por cento) do tempo de propaganda partidária à promoção feminina na política caracteriza um mínimo existencial do direito fundamental à igualdade de gênero.” (2017)

Em postura semelhante à jurisdição pernambucana, o TRE do Piauí decidiu pela cassação do mandato de seis vereadores eleitos em 2016 na cidade de Valença, como condenação pela fraude à reserva de vagas para mulheres nas candidaturas propostas pelos partidos. Notou-se que muitas das mulheres que lançavam suas candidaturas não só não apresentavam qualquer intenção de se candidatar, como possuíam laços familiares com alguns dos candidatos do mesmo partido.

Essas mulheres atuavam como o que se chama popularmente de “candidatas laranjas” - pessoas que se registram para candidatura por determinado partido apenas para preencher a cota estabelecida. Mães, esposas e irmãs dos candidatos registravam sua candidatura para concorrer aos mesmos cargos que seus irmão, maridos e filhos - no entanto, não investiam em suas campanhas e recebiam um número ínfimo de votos. Identificou-se que, segundo o portal de notícias G1, de 24 candidatos que não receberam nenhum voto nas eleições de 2018, 21 eram mulheres<sup>29</sup>.

Essa fraude tornou-se comum no Brasil após ter sido determinada a obrigatoriedade do preenchimento da reserva de 30% das vagas para as mulheres, em 2009. Ao invés de buscarem legítimas representantes do sexo feminino para se candidatarem e de fato tentarem ingressar no âmbito político, partidos por todo o Brasil recorriam às familiares e cônjuges de seus afiliados para

29 PINHEIRO, Lara. Candidatas recebem zero voto e dizem que nem sabiam que estavam concorrendo nesta eleição. *Portal G1*, 13 de Outubro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/13/candidatas-recebem-zero-voto-e-dizem-que-nem-sabiam-que-estavam-concorrendo-nesta-eleicao.ghml>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

colocarem seus nomes em candidaturas, sem qualquer intenção de realmente concorrer e ocupar as vagas pretendidas. Desse modo, não representariam uma ameaça ou uma divisão dos votos remetidos aos candidatos do sexo masculino, mas garantiriam que o partido não sofresse reprimendas pelo não cumprimento do estabelecido na Lei 9.504/97.

Assim, a punição pela fraude se estendeu não só às mulheres que se submeteram às candidaturas laranjas - as quais ficaram inelegíveis pelo período de 8 anos -, como também aos homens que se beneficiaram da fraude, seus familiares próximos, os quais tiveram seus mandatos cassados e se tornaram também inelegíveis por 8 anos.

As medidas tomadas pelo TRE-PI são fundamentais para que se garanta a legitimidade e êxito das políticas de benefício à entrada de mulheres na vida pública. No entanto, é lamentável observar o esforço empreendido por candidatos e partidos para burlar as disposições estabelecidas em lei - para estes, é preferível fraudar medidas legais a dar, de fato, uma chance para que mulheres adentrem o processo eleitoral e exerçam seu poder.

Para além do mero julgamento e aplicação das leis que garantem as ações afirmativas às mulheres, há também uma preocupação em ampliar as possibilidades de incidência e efeitos dessas políticas. Nesse sentido é importante citar a aprovação da proposta que a Senadora Lídice da Mata apresentou ao Tribunal Superior Eleitoral de submeter a constituição de órgãos partidários à mesma reserva de 30% de vagas por gênero a que são submetidas as candidaturas proporcionais<sup>30</sup>. A extensão da proposta desde a estrutura interna dos partidos que lançariam as candidaturas seria um facilitador para que essa equidade seja refletida também nas candidaturas oficiais e até mesmo nos cargos públicos.

Torna-se perceptível, então, que as premissas que fundamentaram a instituição do art. 10 da Lei 9.504/97 são também base de fundamentação de decisões e resoluções judiciais em prol da paridade de gênero e da desconstrução dos estigmas socialmen-

---

30 A Ministra Rosa Weber, então relatora e presidente do TSE, ao se manifestar a favor da submissão da composição dos órgãos internos à aplicação da reserva de vagas, argumentou que se a reserva de 30% não fosse aplicada igualmente aos âmbitos interno e externo das entidades, seria instituído “um verdadeiro paradoxo democrático, não sendo crível que a democracia interna dos partidos políticos não reflita a democracia que se busca vivenciar, em última instância, nas próprias bases estatais”.

te impostos às mulheres, por entender-se que estas constituem mecanismo inerente ao ideal de democracia almejado no Brasil.

#### 4 EFEITOS DAS POLÍTICAS AFIRMATIVAS DE GÊNERO

As políticas afirmativas, conforme demonstrado ao longo do texto, provocaram uma mudança cristalina no espaço político parlamentar. Apesar de representarem significativas alterações no cenário sociopolítico, a ocupação não demonstra paridade de gênero nas cadeiras e, conseqüentemente, nesse jogo democrático, as vozes das minorias precisam se tornar gritos para serem ouvidas, já que o contingente numerário dentro do Congresso Nacional ainda não é tão expressivo, diametralmente oposto ao contexto brasileiro em que as mulheres são maioria quantitativa e que, segundo o cadastro eleitoral do TSE, representam 77 milhões dos 147,5 milhões de eleitores.

É notório que a presença feminina dentro dos ambientes legislativos aborda uma questão suprapartidária, e é responsável também por consolidar de modo fático o regime democrático que deveria ser pautado na equidade e na representatividade.

Analisando-se os dados para entender os efeitos que as políticas afirmativas de gênero foram capazes de realizar, temos a eleição para o Senado e Câmara dos Deputados, anterior à implantação da lei de cotas, que ocorreu em 1994 e teve apenas três senadoras eleitas, Marluce Pinto do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) por Roraima, Marina Silva do Partido dos Trabalhadores (PT) pelo Acre, e Íris Rezende do Movimento Democrático Brasileiro (antigo PMDB) por Goiás<sup>31</sup>. Cumpre-se ressaltar que naquele ano os eleitores brasileiros puderam nomear dois senadores para ocupar o mandato no Congresso Nacional.

Na eleição conseguinte, em 1998, a primeira após a promulgação da lei de cotas de gênero para os cargos legislativos, dos 27 senadores eleitos, apenas duas eram mulheres: Heloísa Helena do PT por Alagoas e Maria do Carmo Alves por Sergipe pelo Partido de Frente Liberal (PFL), segundo a Agência Senado<sup>32</sup>. A eleição de

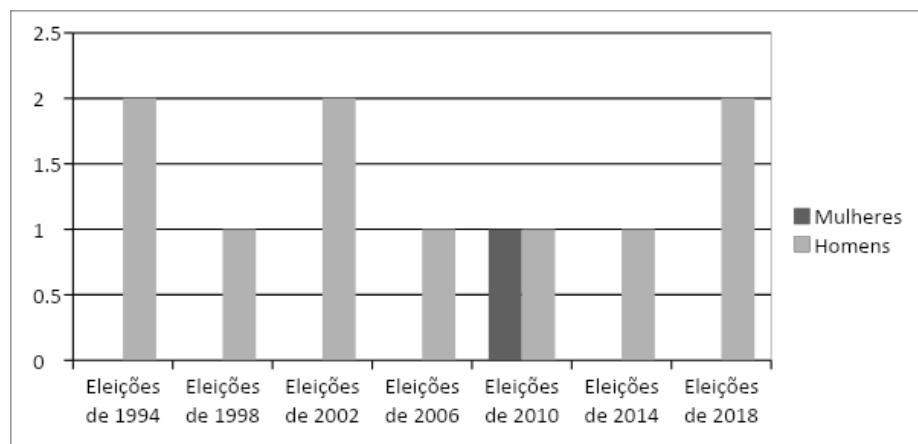
31 TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). Eleições Anteriores. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antteriores>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

32 SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. 27 Senadores Eleitos em 1998 Assumiram Nessa Segunda Seus Mandatos. Manual de redação: *Agência Senado*, Jornal do Senado. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/02/01/27-senadores-eleitos-em-1998-as->

2018 não ganha contornos tão diferentes — dos 54 senadores eleitos, apenas seis são mulheres: Leila do Vôlei, Eliziane Gama, Juíza Selma Arruda, Soraya Thronicke, Dr<sup>a</sup> Zenaide Maia e Mara Gabriilli. Assim, se em 1998 apenas 7.4% das mulheres possuíam cadeira no Senado, em 2018, 11.1% das mulheres conseguiram o almejado cargo.

Ampliando a ótica do movimento de inserção das mulheres na política a uma perspectiva estadual, e tomando como exemplo o Estado da Bahia, é possível perceber que as proporções não divergem da escala nacional. A população baiana até 1994 — ano de promulgação da lei de cotas — não viu nenhuma mulher eleita para o cargo no Senado e, com candidaturas majoritariamente masculinas, desde 1988 (ano da promulgação da Carta Magna brasileira e retomada da democracia), apenas Lídice da Mata ocupou e representou a população feminina no Senado em 2010.

ELEIÇÃO PARA SENADO<sup>33</sup> NA BAHIA  
DESDE A PROMULGAÇÃO DA LEI DE COTAS<sup>34</sup>



Os números indicam uma mudança comportamental do eleitorado e não apenas dos partidos, tendo em vista que as leis de cotas

sumiram-nesta-segunda-seus-mandatos. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

33 O cargo de Senador tem a duração de 8 anos, mas as eleições ocorrem a cada quatro anos. Assim, são renovados 2/3 das cadeiras. Nesse sentido, em 1994, a população votou em apenas um senador, na eleição seguinte votaram em dois e assim consecutivamente.

34 O gráfico autoral foi elaborado a partir da coleta da lista de candidatos(as) eleitos(as) exibida no site oficial do Tribunal Superior Eleitoral. Com isso, a partir dessa lista foi feita a pesquisa de gênero e extraído o número bruto originando o gráfico em epígrafe.

de gênero não se aplicam para os cargos do senado. Entende-se que, aliado com a baixa quantidade de mulheres concorrendo, o comportamento dos eleitores é um dado importante para entender a eficácia das diretrizes legislativas e judiciárias que corroboram com a ampliação da representatividade.

Nesse íterim, destaca-se a necessidade de decomposição dos dados da representação feminina dentro da Câmara dos Deputados Federais, órgão ao qual estão diretamente ligadas as políticas afirmativas realizadas ao longo dos anos. Assim, a comparação entre os dados será entre 1994 (última eleição antes da promulgação da lei de cotas), 1998 (primeira eleição depois da efetivação da lei de cotas) e 2018 (última eleição antes da escrita do artigo).

Começando por 1994, para entender o terreno em que a Lei de Cotas foi aplicada, segundo os dados retirados da Agência Câmara de Notícias, com apenas 185 candidaturas, teve uma participação escassa de, aproximadamente, 6% das mulheres ocupando os cargos no mandato entre 1995 até 1999.

Em 1998, apesar de vigente a Lei 9.504/97, a cota mínima de candidaturas por partido não foi respeitada e os dados da Agência Câmara de Notícias revelam que as mulheres representaram apenas 11,4% (348) postulantes ao cargo de Deputada Federal. A partir dessas candidaturas, a Câmara dos Deputados teve a representação feminina em, aproximadamente, 5,6%.

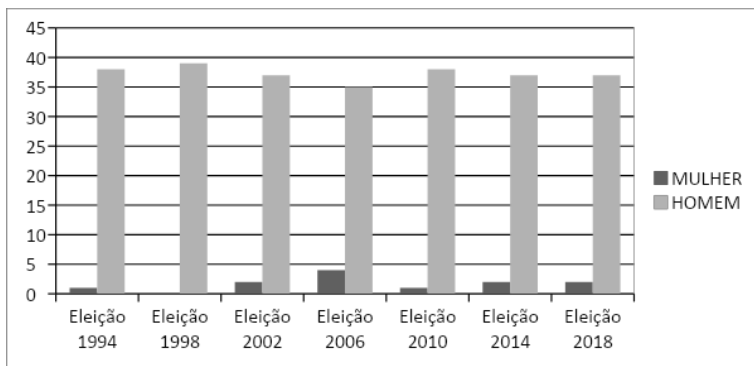
Em 2018, destaca-se o contexto mundial de ascensão da extrema direita que nega e questiona o Regime Democrático de Direito e as decisões tomadas para sua preservação. Todavia, mesmo com este cenário o número de mulheres eleitas para o cargo de Deputada Federal apresentou um aumento<sup>35</sup>, ainda que não o suficiente para a conquista da equidade. Salienta-se que a mudança numérica representa não apenas vitórias das políticas afirmativas de gênero, mas um trajeto comum de “evolução” de uma sociedade que tem o patriarcalismo como base, mas que tem tentado retirar os antolhos para compreender e fazer uma autocrítica quanto à misoginia, machismo e sexismo enraizados.

---

35 SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. 27 Senadores Eleitos em 1998 Assumiram Nessa Segunda Seus Mandatos. Manual de redação: *Agência Senado*, Jornal do Senado. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/02/01/27-senadores-eleitos-em-1998-assumiram-nesta-segunda-seus-mandatos>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

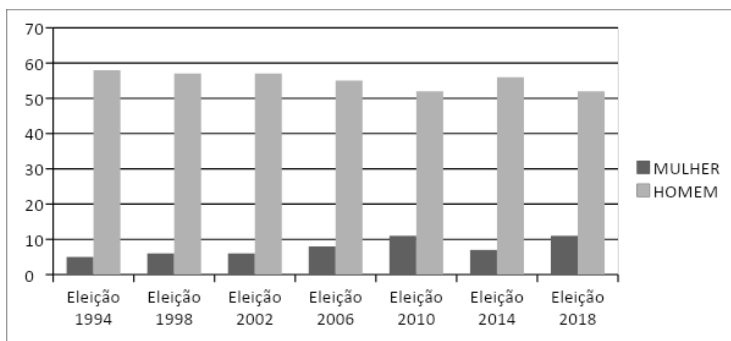
O gráfico abaixo permite dar uma visão mais nítida da representatividade feminina nos anos propostos:

### ELEIÇÃO PARA CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS<sup>36</sup> NA BAHIA



Com isso, as eleições de 2018 tiveram 77 candidatas eleitas. Isso significa que aproximadamente 15% das vagas ocupadas por Deputados Federais no Congresso Nacional são mulheres. Mas esse número é geral e disfarça a realidade de estados como Sergipe, Maranhão e Amazonas que não tiveram nenhuma eleita ao cargo de Deputada Federal.

### ELEIÇÃO PARA CÂMARA DOS DEPUTADOS ESTADUAIS NA BAHIA



Novamente, com o objetivo de elucidar a perspectiva histórica e regional da análise da representação feminina na Câmara dos

<sup>36</sup> A eleição para o cargo de deputado federal e estadual ocorre a cada quatro anos e os eleitos possuem mandato de quatro anos.

Deputados, pela Bahia, os números não destoam da realidade nacional. Assim, no ano de 1998, em que o estado baiano não apresentou nenhuma mulher eleita, os estados do Rio Grande do Norte, Mato Grosso, Paraíba, Mato Grosso do Sul, Alagoas, Amazonas, Rondônia, Roraima, Amapá, Ceará, Maranhão, Pará, Paraná, Espírito Santo e Piauí apresentaram números similares e uma baixa candidatura feminina.

A partir da análise dos dados nacionais, é possível afirmar que houve um aumento gradativo no número de mulheres que ocupam o cenário político no Congresso Nacional, mas também é evidente que esse número não é o suficiente para afirmar que existe uma intensa eficácia da política de cotas somada às jurisprudências, sanções e fomento à discussão com os projetos de lei dessa temática. É importante salientar que as políticas públicas são impulsionadoras e, nesse caso, trabalha para que haja o estímulo à igualdade formal e material, princípio emulsificador de um regime democrático pleno.

## 5 CONCLUSÃO

É possível afirmar que existe uma repulsa por parte dos Partidos Políticos em acatarem as políticas implementadas. Com isso, surgem mecanismos para ludibriar os eleitores e o Tribunal Superior Eleitoral - como as candidaturas laranjas – e manter o *status quo* de homens com uma maior quantidade de candidaturas e presença majoritária dentro do ambiente político público. Esse fator pode ser somado com os alicerces de uma cultura que nasce em um terreno escravocrata e patriarcal trazendo a manutenção do pensamento e tendência dos antigos padrões.

A partir do surgimento de tais mecanismos responsáveis por iludir e enganar as legislações afirmativas vigentes, levanta-se o questionamento sobre a sua efetividade. Nessa perspectiva, nasce a necessidade de analisar os dados de 1994 (antes da promulgação da lei de cotas), 1998 (primeiro ano de vigência da lei) e 2018 (ano eleitoral antecedente à escrita deste trabalho). Nesse ínterim, é notório que houve um aumento de candidaturas femininas e de mulheres ocupando cargos no Senado e na Câmara dos Deputados.

Entretanto, também é evidente que o uso das políticas afirmativas não tem sido respeitado pelos partidos políticos - com isso, afirmar o êxito e a eficácia delas com números ainda tão incipientes é um equívoco.

Cumpre salientar a premência de um estímulo que seja responsável por fomentar o debate com os eleitores sobre a importância de eleger mulheres para ocupar cargos políticos, pois o aumento de candidaturas unicamente, conforme mostrado em linhas pretéritas, não é o suficiente para romper com uma cultura que nasce no Brasil junto com a invasão portuguesa.

Entende-se, portanto, que os frutos obtidos com a pesquisa são enriquecedores para a fomentação de discussões que versem sobre raça e gênero dentro de espaços que, teoricamente, pertencem ao povo. No Brasil é preciso que a democracia reflita a diversidade presente na sociedade e faça com que sejam ouvidas as vozes daquelas que, mesmo em maioria, se configuram como minoria nos ambientes políticos.

É notória a continuidade da luta feminina por protagonismo dentro da política brasileira, promovendo instrumentos para evitar a concretização de métodos fraudulentos que obstam o seu êxito.

Por fim, deve-se ressaltar a importância de uma maior quantidade de mulheres em cargos públicos de um país cuja população é composta majoritariamente por este grupo. Não há como se falar em democracia representativa quando grupos numericamente expressivos são silenciados e ignorados na execução e elaboração de leis e políticas. A vivência feminina é essencial para a adequada representação dessa minoria simbólica nas altas funções de poder.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P. *O campo político*, 21 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/3JY6Zsr9yVZGz8BYr5Tf-CRG/>. Acesso em: 02/06/2023.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 01/07/2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 20 de setembro de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 9.504, de 30 de Setembro 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 20/08/2020.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei 331/2019*. Altera a Lei Ordinária nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 que dispõe sobre a legislação eleitoral. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=2AA20C-711C4F228B48D64CD4D081D99B.proposicoesWebExterno2?codteor=1713915&filename=Avulso+-PL+331/2019e](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2AA20C-711C4F228B48D64CD4D081D99B.proposicoesWebExterno2?codteor=1713915&filename=Avulso+-PL+331/2019e). Acesso em: 30 de Agosto de 2020. Texto Original.

BRASIL. *Decreto Federal Nº 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932*. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.605, de 17 de dezembro de 2019*. Estabelece diretrizes gerais para a gestão e distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). Brasília, DF. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019>. Acesso em: 01/09/2020.

COELHO, Leila Machado; BAPTISTA, Marisa. A história da inserção política da mulher no Brasil: uma trajetória do espaço privado ao público. *Rev. psicol. polít.* São Paulo, v. 9, n. 17, p. 85-99, 2009. ISSN 2175-1390.

COSTA, Ana Alice Alcantara. *As donas no poder: mulher e política na Bahia*. Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre a mulher, v.2. FFCH, Universidade Federal da Bahia, 1998.

CORONEL, Ângelo. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1256 de 27 de fevereiro de 2019 do Senador Angelo Coronel*. Revoga o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que prevê percentual de preenchimento mínimo de vagas para candidaturas de cada sexo. Brasília, DF: 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135505> . Acesso em: 01/06/2023. Texto Original.

DAVIS, Angela. *Mulheres, Raça e Classe*. 1ª ed. São Paulo. Editora Boitempo, 2016.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (orgs.). *Raça e Gênero: discriminações, interseccionalidades e resistências*. Organizado por Beatriz Pereira, Mônica de Mello; coordenado por Sílvia Pimentel, Siméia de Mello Araújo. São Paulo: EDUC, 2020. ISBN 978-85-283-0650-7.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Nota Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro. LTC, 2008.

GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. 15. ed. São Paulo: Atlas, p. 88-91, 2019.

GOMES, Mailza. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1541 de 20 de março 2019*. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), com o fim de aperfeiçoar a legislação eleitoral no combate à fraude à cota de gênero. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7928792&t-s=1624912626988&disposition=inline>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

GROSSI, Míriam Pillar; MIGUEL, Sônia Malheiros. Transformando a diferença: as mulheres na política. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 167-206, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo. Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua*. Rio de Janeiro, 2019.

MACHADO, C. MARQUES, D. MIGUEL, L.F., *Capital Familiar e Carreira Política no Brasil: Gênero, Partido e Região nas Trajetórias para a Câmara dos Deputados*, Jul-Set 2015. Disponível em <https://doi.org/10.1590/00115258201557>. Acesso em: 01/06/2023.

MEDEIROS, Thais Karolina Ferreira de; CHAVES, Maria Carmem. Representatividade na política brasileira: a evolução dos direitos femininos. *Facipe*, v. 3, n. 2, p. 99-119, nov. 2017.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. *Cad. Pesqui.* [online]. 2002, n.117, p.197-217, 2002. ISSN 1980-5314.

PINHEIRO, Lara. Candidatas recebem zero voto e dizem que nem sabiam que estavam concorrendo nesta eleição. *Portal G1*, 13 de Outubro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/13/candidatas-recebem-zero-voto-e-dizem-que-nem-sabiam-que-estavam-concorrendo-nesta-eleicao.ghtml>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. 27 Senadores Eleitos em 1998 Assumiram Nessa Segunda Seus Mandatos. Manual de redação: *Agência Senado*, Jornal do Senado. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/02/01/27-senadores-eleitos-em-1998-assumiram-nesta-segunda-seus-mandatos>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

SILVEIRA, Daniela. Em ranking de 190 países sobre presença feminina em parlamentos, Brasil ocupa a 152ª posição. *Portal G1*, 07 de março de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/em-ranking-de-190-paises-sobre-presenca-feminina-em-parlamentos-brasil-ocupa-a-152-posicao.ghtml>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

SOW, M. M. A participação Feminina na Construção de um Parlamento democrático. *Revista Eletrônica do Programa de Pós-graduação*. Centro de formação, treinamento e aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. n. 5, p.79-94, 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Eleições Anteriores*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-antteriores>. Acesso em: 25 de maio de 2023.

Tribunal Superior Eleitoral. *Número de Mulheres Eleitas Cresce*. TSE, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014> . Acesso em: 16 out. 2020. Acesso em: 16 de Outubro de 2020.

VALVERDE, Daniela Bianca da Silva. *A carta das mulheres brasileiras à assembleia constituinte 1987/1988: os movimentos de mulheres e a redemocratização*. Monografia. Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de pesquisa e desenvolvimento – ICPD. Brasília, 2014.

# RETROSPECTIVIDADE E INELEGIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

## RETROSPECTIVENESS AND INELIGIBILITY IN BRAZILIAN LAW.

João Paulo de Souza Oliveira \*

### RESUMO

O artigo mostra a incorreção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (principalmente a relacionada ao Recurso Extraordinário 929670) quanto à possibilidade de aplicar os prazos da Lei Complementar 135/2010 a condutas praticadas anteriormente a sua publicação. Esse precedente acabou gerando a tese de repercussão geral de número 860 da Suprema Corte e traz insegurança jurídica. A Constituição Federal Brasileira estabelece a segurança jurídica como valor, o que pode ser observado em seu art. 16, quando impõe o princípio da anualidade. Segundo esse princípio, a lei que altera o processo eleitoral entra em vigor no momento de sua publicação, mas só se aplica às eleições que ocorrerem pelo menos um ano após a sua vigência. Isso impede que os *players* do processo eleitoral não sejam pegos de surpresa. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acabou, ao permitir a aplicação de nova lei sobre inelegibilidades a condutas anteriores a sua publicação, contrariando a lógica do sistema constitucional.

**Palavras-chave:** eleitoral; interpretação; inelegibilidade; retrospectividade; direitos políticos.

### ABSTRACT

The article shows the inaccuracy of the Federal Supreme Court's jurisprudence (mainly that related to Extraordinary Appeal 929670) regarding the possibility of applying the terms of Complementary Law 135/2010 to conducts practiced prior to its publication. This precedent ended up generating the thesis of general repercus-

1 \* Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Autor de livros jurídicos. Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral.

sion number 860 of the Supreme Court and brings legal uncertainty. The Brazilian Federal Constitution brings legal security as a value, which can be observed in its art. 16, when establishing the principle of annuality. According to this principle, the law that amends the electoral process enters into force at the time of its publication, but it only applies to elections that take place at least one year after its validity. This prevents players in the electoral process from being taken by surprise. The jurisprudence of the Federal Supreme Court allows the application of a new law on ineligibility to conducts prior to its publication, which goes against the logic of the constitutional system.

**Keywords:** *electoral; interpretativo; ineligibility; retrospective; political rights.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará acerca da aplicação de nova lei sobre inelegibilidades a condutas anteriores a sua publicação, de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e como isso ofende o valor constitucional segurança jurídica nas eleições.

Muito se fala acerca do respeito à moralidade no exercício dos mandatos eletivos. A moralidade é essencial, principalmente quando se trata do exercício de funções que impactam diariamente na coletividade. A corrupção deve ser combatida. Mas não se pode conceber tal atuação sem o devido respeito aos valores fundamentais preconizados no ordenamento jurídico brasileiro.

A manifestação popular é realizada através das urnas. É a democracia representativa. Não se pode negar o papel do Poder Judiciário que, através da Justiça Eleitoral, organiza e fiscaliza o pleito eleitoral. Mas é necessário que limites sejam impostos para que não ocorra uma ilegítima interferência do poder público.

Essa interferência ocorrerá se o poder público deixar de respeitar o quanto previsto nas normas jurídicas pertinentes e acabar por restringir de forma indevida o exercício dos direitos políticos. Isso se aplica tanto à capacidade eleitoral ativa (direito de votar) quanto à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado).

A Lei Complementar 135/2010, conhecida como lei da ficha limpa, trouxe uma série de novas hipóteses de inelegibilidade,

além de ampliar outras existentes. Inelegibilidade é um conjunto de causas que impedem o exercício da capacidade eleitoral passiva. Ocorre que no direito brasileiro são diversas as hipóteses de inelegibilidade trazidas pela Constituição Federal e pela Lei Complementar 64/90 (lei das inelegibilidades).

Tanto há hipóteses em que a inelegibilidade pode ser tida como requisito negativo de adequação como também sanção<sup>2</sup>. As primeiras são denominadas de inelegibilidade inata (tendo como exemplo a inelegibilidade por parentesco). Aqui não há sanção, mas sim uma ausência de adequação com as normas jurídicas que tratam do exercício da capacidade eleitoral passiva. Por outro lado, as inelegibilidades cominadas são respostas do ordenamento jurídico a ilícitos eleitorais e possuem a natureza de sanção (como exemplo, a inelegibilidade aplicada aos condenados por abuso do poder político ou econômico, na forma do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64).

A inelegibilidade, assim, pode ter como fato gerado um ato lícito ou ilícito.<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 929670<sup>4</sup>, deixou de considerar as duas facetas da inelegibilidade e acabou por afirmar que mesmo as ilegalidades advindas de abuso de poder devem ser tidas como requisitos negativos de adequação.

Esse posicionamento da Suprema Corte, obtido por uma apertada maioria, parece de todo equivocado. Primeiro por tratar situações diferentes como se fossem iguais. Não é razoável considerar a mesma natureza jurídica da inelegibilidade por analfabetismo com a prevista pelo cometimento de crimes contra a Administração pública (art. 1º, I, e, Lei Complementar 64/90).

Esse, no entanto, foi o entendimento que ainda permitiu aplicar os novos prazos de inelegibilidade às condutas ocorridas antes de

2 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 150.

3 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 150.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 929670/DF*. Repercussão geral no Recurso extraordinário. Direito constitucional e eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição da república de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida progressa do candidato. Condenação em ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder cometido na condição de detentor de cargo eletivo. Declaração de inelegibilidade por três anos [...].Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018. Disponível em [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20929670%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20929670%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 23 mai. 2021.

sua publicação, em total desrespeito aos valores fundamentais de proteção aos direitos políticos e da soberania popular, atingindo ainda a coisa julgada de diversas condenações. Isso porque mesmo aqueles que foram condenados a um prazo de inelegibilidade inferior, com base na redação anterior da lei, acabaram proibidos de concorrer a mandatos eletivos de acordo com o prazo previsto na lei publicada posteriormente à condenação.

Esse entendimento da Suprema Corte brasileira ocorreu quanto à lei da ficha limpa, mas, ao manter os fundamentos dos julgados e elaborar uma tese que permite a aplicação de efeitos da nova lei à candidatura de pessoas punidas anteriormente a sua vigência, deixa um prognóstico que gera insegurança aos cidadãos e partidos políticos. O presente artigo irá tratar dos fundamentos e equívocos da decisão do STF no RE 929670 e contrapô-lo aos valores previstos na Constituição Federal e à hermenêutica eleitoral. O método a ser utilizado será o lógico sistemático.

## 2 DIREITOS POLÍTICOS E OS SEUS VALORES

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece uma série de direitos fundamentais. Apesar de muitas vezes tratados como sinônimos<sup>5</sup>, é possível, ainda que minimamente, diferenciar direitos humanos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais se encontram positivados no ordenamento dos Estados, enquanto os direitos humanos são positivados na esfera do direito internacional<sup>6</sup>.

Os direitos fundamentais trazem valores, expressos ou implícitos, pela Constituição Federal. Formam os alicerces do Ordenamento Jurídico.

Já se tornou tradicional o entendimento segundo o qual as normas jurídicas são divididas entre regras e princípios. Enquanto as primeiras são aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada<sup>7</sup>, os segundos devem ser sopesados, de acordo com os valores

---

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 29.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 30.

7 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

envolvidos<sup>8</sup>. Para Dworkin<sup>9</sup>, o princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Não há hierarquia entre princípios. Sendo necessária a verificação do peso de cada valor envolvido de acordo com o caso concreto<sup>10</sup>. Dessa maneira é que são resolvidos os conflitos entre princípios.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm<sup>11</sup>. A Constituição Federal traz ampla gama de direitos fundamentais. A eficácia desses direitos é questão das mais importantes. Não adianta estabelecer uma ampla gama de valores se não são aplicados nas políticas públicas e das decisões dos tribunais.

Os direitos políticos são direitos fundamentais. Estão relacionados à capacidade do cidadão de interferir de forma direta ou indireta nas decisões estatais. A interferência direta é instrumentalizada através de plebiscitos, referendos e iniciativa popular de leis. Por outro lado, a interferência indireta ocorre através da escolha de representantes do povo no poder.

A interferência indireta fundamenta a democracia representativa<sup>12</sup>. A Constituição Federal Brasileira protege o sufrágio universal como cláusula pétrea. O sufrágio é o direito à escolha de representantes no Poder Executivo e no Poder Legislativo. Divide-se em capacidade eleitoral ativa (direito de votar) e capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado)<sup>13</sup>.

O sufrágio universal é materializado através do voto<sup>14</sup>, que possui algumas características no direito brasileiro. Nesse sentido, o voto é direto, secreto, periódico, igual<sup>15</sup> e personalíssimo. O fato

8 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 127.

9 DWORKIN, *op. cit.*, p. 36.

10 ALEXY, *op. cit.*, p. 144.

11 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 118.

12 ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade*. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2016, p. 19.

13 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16 ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo, Atlas, 2020, p. 72.

14 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 715.

15 *Ibidem*, p. 718.

de ser direto mostra que o cidadão tem o direito de votar naqueles que entende mais capacitados para o exercício da função dentre os que se candidataram a mandato eletivo.

Há situações de voto indireto no direito brasileiro, mas são excepcionais<sup>16</sup> e, portanto, devem ser trazidas expressamente por normas jurídicas. É o que acontece quando há dupla vacância nos cargos de presidente e vice-presidente da República, faltando menos de dois anos para o término do mandato (art. 81, § 1º, da Constituição Federal) ou quando há perda de cargo eletivo por fundamento eleitoral há menos de 6 meses de seu final (art. 224, § 4º, do Código Eleitoral).

O sigilo do voto é cláusula pétrea. É o que protege a liberdade do eleitor. Por isso, são instaladas cabinas de votação mesmo com a urna eletrônica. A periodicidade do voto é marca característica do republicanismo, que exige alternância de poder.

Por fim, o voto é personalíssimo, pelo que é impossível seu exercício através de procuração ou autorização pelo eleitor. Como medida de efetivação de direitos fundamentais, é possível que o eleitor que tenha deficiência que o impeça de digitar os números na urna eletrônica seja acompanhado por terceiro escolhido por ele, que deverá digitar o voto, nos termos do art. 76, § 1º, IV, da Lei 13.146/2015<sup>17</sup>.

Além do direito de votar, há o direito de ser votado. Para isso, é necessário que o cidadão possua todos os requisitos de elegibilidade e não tenha qualquer das causas de inelegibilidade. Requisito de elegibilidade é o conjunto de condições necessárias para o exercício da capacidade eleitoral passiva. Podem ser trazidos pela Constituição Federal ou por legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal (art. 14, § 3º) estabelece enquanto condições de elegibilidade: a) nacionalidade brasileira; b) gozo dos direitos políticos; c) alistamento eleitoral; d) domicílio eleitoral na circunscrição; e) filiação partidária e; f) idade mínima.

A ausência de alguma dessas condições leva à proibição do cidadão disputar mandato eletivo. No entanto, não basta ter todas as condições de elegibilidade, é necessário que o cidadão não

16 GOMES, *op. cit.*, 2020, p. 665.

17 BRASIL. *Lei 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em 19 mai. 2021.

possua qualquer das causas de inelegibilidade. Essas, por sua vez, possuem como fonte apenas a Constituição Federal e a Lei Complementar<sup>18</sup>.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros costuma dividir os institutos da elegibilidade e da inelegibilidade. Aplicando o que Adriano Soares da Costa<sup>19</sup> denomina de teoria clássica das inelegibilidades. Por isso, apesar de ambos os institutos estarem vinculados ao exercício da capacidade eleitoral passiva, não podem ser confundidos. A interpretação trazida pela maioria dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral vai nesse sentido, como se observa da Súmula 34 de sua jurisprudência. Nela, o Tribunal Superior interpreta o art. 22, I, j, do Código Eleitoral<sup>20</sup>, e informa que só cabe o ajuizamento da ação rescisória eleitoral se na decisão transitada em julgado houve discussão acerca de inelegibilidade. Se a discussão na decisão rescindenda pairou apenas sobre condições de elegibilidade, a ação rescisória deverá ser extinta sem resolução do mérito.

A Lei Complementar 64/90<sup>21</sup> é tida com lei das inelegibilidades no direito brasileiro. Foi alterada pela Lei Complementar 135/2010<sup>22</sup>, chamada de lei da ficha limpa, que acabou trazendo novas hipóteses de inelegibilidade absoluta, além de ampliar o prazo das que já eram previstas na norma. Inelegibilidade absoluta é que a impede o exercício da capacidade eleitoral passiva para qualquer cargo eletivo, como ocorre com as previstas no art. 1º, I, da Lei Complementar 64/90.

A lei da ficha limpa teve o claro propósito de punir aqueles que não tenham respeitado o dever de probidade com a proibição de candidatura a mandato eletivo.

---

18 É a determinação do art. 14, § 9º, da Constituição Federal Brasileira.

19 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 148.

20 BRASIL. *Lei 4.737, de 15 de julho de 1976*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>. Acesso em 29 mai 2021.

21 BRASIL. *Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Acesso em 07 jun. 2021.

22 BRASIL, *Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em 31 mai. 2023.

### 3 INTERPRETAÇÃO DE NORMAS QUE RESTRINGEM CAPACIDADE ELEITORAL

Se os direitos políticos são direitos fundamentais, é essencial que a sua interpretação leve em conta a maior efetividade possível. A norma deve ser interpretada. O sentido da norma só ocorre quando a interpretação é realizada, extraindo-se seu sentido, já que a relação é de imputação, diferente da lei natural em que tal relação é de causalidade. O dever-ser “é o sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro”<sup>23</sup>.

A hermenêutica eleitoral deve levar em consideração não apenas os padrões conhecidos de interpretação, mas também observar os valores constitucionais, uma vez que se trata de exercício de capacidades inerentes à cidadania. Como afirma Lenio Streck<sup>24</sup>, a ideia de hermenêutica no direito eleitoral tem como escopo compreender limites e propor caminhos adequados segundo o sistema constitucional.

Isso significa que o exercício de direitos políticos, objeto de estudo do Direito Eleitoral, deve ser interpretado de forma a ter a menor interferência possível do poder público. Só assim será possível a garantia da alternância de poder e do exercício da soberania popular, afinal todo poder emana do povo, como determina o art. 1º, parágrafo único, do Texto Constitucional Brasileiro. A extrema interferência estatal afasta a liberdade política. Como ensina Fávila Ribeiro<sup>25</sup>, é com a liberdade de oposição na esfera política que se torna viável a alternância no poder, sem riscos para a continuidade do regime político.

Sem a eficácia no exercício dos direitos políticos, não é possível que a soberania popular seja concretizada e o próprio conceito de democracia acaba colocado em risco. Como direitos fundamentais, os direitos políticos são cláusulas pétreas, o que significa não apenas que é vedada a sua cassação, como enunciado o art.

23 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 8.

24 STRECK, Lenio. *Um olhar hermenêutico sobre o Direito Eleitoral*. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-28, p. 17.

25 RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 33.

15 da Constituição Federal, mas também e principalmente, que a escolha popular deve ser respeitada, salvo se alguma conduta extremamente grave descrita no Ordenamento Jurídico como ilícito eleitoral é praticada, até mesmo porque não é possível abolir os direitos políticos sequer através de emendas constitucionais.

O Judiciário Eleitoralista é responsável no Direito Brasileiro pela organização e fiscalização do processo eleitoral. A atuação dos tribunais é essencial para essa efetividade. O juiz não pode mais ser considerado mero *bouche de la loi*, mas tem papel fundamental da criação do direito. É um artista que dá vida ao ordenamento jurídico e o faz ser aplicado<sup>26</sup>.

A atividade do judiciário é fundamental para levar a eficácia aos valores fundamentais, mantendo viva a criação do direito enquanto interpreta o quanto previsto no Ordenamento Jurídico. Essa é a chamada atuação proativa ou expansiva do Poder Judiciário. Luís Barroso defende a utilização dessa expressão, uma vez que o termo ativismo judicial tem conotação negativa.<sup>27</sup>

Por isso, a interpretação de qualquer norma deve levar em consideração os valores previstos no Ordenamento Jurídico. Não era outra ideia de Dworkin<sup>28</sup> ao imaginar Hércules, um julgador com força e inteligência extraordinárias e cuja análise dos casos difíceis levaria a uma solução perfeitamente justa. Hércules deveria sopesar todos os valores existentes na situação de conflito, não observando apenas as regras<sup>29</sup>.

Nos direitos políticos, por certo, Hércules observaria que o valor a ser sopesado passa pela soberania popular, uma vez que o poder emana do povo. Entendendo que qualquer restrição a direitos políticos deve ser expressa e que tal limitação deve ser entendida de forma razoável. Se há o dever de probidade, que permeia a administração pública, também há a democracia representativa enquanto alicerce da soberania popular. Ou seja, a limitação dessa deve ser excepcional.

---

26 MELLO, Baptista de. Interpretação e humanização da lei. In: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.). *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 1), p. 1227-1238, p. 1234.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo democrático: a ideologia vitoriosa do século XX*. Ribeirão Preto, 2019. p. 46.

28 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 201. p. 165.

29 *Ibidem*, p. 181.

Por outro lado, a Constituição Federal Brasileira consagrou o Princípio da anualidade, também chamado da anterioridade eleitoral. Segundo o art. 16 da Constituição, a lei que altera o processo eleitoral entra em vigor imediatamente, mas só se aplica às eleições que ocorrem 1 ano após a sua publicação. O valor aqui previsto é o da segurança jurídica para os *players* do processo eleitoral<sup>30</sup>. Não é lógico ou razoável que próximo ao pleito cidadãos que pretendam candidatar-se sejam dele excluídos porque as regras foram mudadas.

Nesse sentido, as regras acerca de elegibilidade e inelegibilidade devem se submeter ao princípio da anualidade, como forma de garantir a segurança dos que disputam o pleito eleitoral. O Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> já se manifestou no sentido de o princípio da anualidade ser aplicado em emendas constitucionais e decisões do Tribunal Superior Eleitoral que alteram precedentes já consolidados e que acabam por restringir o exercício de direitos políticos. Se a decisão do Tribunal Superior Eleitoral modificar entendimento já consolidado e isso acabar por acarretar a limitação a direitos políticos, necessário que o novo entendimento só seja aplicado a eleições que ocorram pelo menos 1 ano após a publicação da decisão.

A medida é acertada para estabelecer previsibilidade às regras que devem ser respeitadas no processo eleitoral, sem riscos de alterações repentinas. É nítida a importância que o Ordenamento Jurídico Brasileiro dá para o exercício dos direitos políticos.

#### **4 RETROSPECTIVIDADE E APLICAÇÃO DE LEI QUE AMPLIA PRAZO DE SANÇÃO DE INELEGIBILIDADE**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral por algumas vezes é incoerente com a proteção de valores presentes em outros precedentes desses tribunais. Há dois pontos relevantes para o que se pretende discutir no presente artigo. O primeiro, a natureza jurídica da inelegibilidade e, o segun-

30 ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2 ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 24.  
31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário/RJ: 637485*. Repercussão geral. Reelection. Municípios. Interpretação do art. 14, § 5º, da constituição. prefeito. Proibição de terceira eleição em cargo da mesma natureza, ainda que em município diverso. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/08/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23509198/recurso-extraordinario-re-637485-rj-stf>. Acesso em 20 mai. 2021.

do, a aplicação de uma nova lei sobre restrições a direitos políticos a situações já ocorridas antes de sua vigência.

A inelegibilidade impede o exercício da capacidade eleitoral passiva. Por isso, as inelegibilidades são previstas em hipóteses taxativas<sup>32</sup> na Constituição Federal e em lei complementar. As previstas no art. 1º, I, alíneas b e seguintes da Lei Complementar 64/90 surgem como consequência do cometimento de ilícitos. Nesse sentido, a inelegibilidade possui os requisitos para a sua caracterização enquanto sanção, embora nem toda inelegibilidade tenha essa natureza.

São diversas situações de inelegibilidade trazidas pelo Ordenamento Jurídico. Há a inelegibilidade por parentesco (art. 14, § 7º, da Constituição Federal), como também a inelegibilidade por analfabetismo (art. 14, § 4º, da Constituição Federal) e ainda a inelegibilidade em virtude da ausência de afastamento de função (art. 14, § 6º, da Constituição Federal). Em nenhuma dessas a natureza jurídica é de sanção, ao contrário daquelas denominadas de cominadas<sup>33</sup> e previstas no art. 1º, I, da Lei Complementar 64/94).

Se são diferentes as causas das inelegibilidades, diferentes também são as suas naturezas jurídicas. Não é possível, até por um critério lógico, que sejam qualificadas de forma igual, os institutos de diferentes naturezas. Por isso, não parece certo jogar todas as causas de inelegibilidade em um lugar comum e afirmar que não podem ser consideradas como sanção.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral majoritariamente entende que a inelegibilidade não tem natureza jurídica de sanção, embora afirme em certas decisões que há uma sanção de inelegibilidade.

O Tribunal Superior Eleitoral, dessa forma, possui precedentes no sentido que afirmam que a inelegibilidade não tem natureza de sanção. É o que ocorreu no Recurso Especial 171735<sup>34</sup>, de relatoria da ministra Rosa Weber. Os precedentes judiciais devem servir para criar estabilidade. Auxiliar na previsibilidade da aplicação de

32 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004. p. 10.

33 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 157.

34 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE: 171735 RIBEIRÃO PRETO - SP, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/04/2017, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 09/05/2017, Página 280.

normas jurídicas. Isso porque os precedentes possuem uma força gravitacional<sup>35</sup>, com fundamento na equidade em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Quando as decisões são vacilantes, a insegurança é evidente.

Por outro lado, em um caso em que se discutia abuso de poder, o Tribunal Superior Eleitoral se referiu a sanção de inelegibilidade<sup>36</sup>, mostrando a natureza jurídica do instituto. Ora, não parece razoável duvidar que o abuso de poder político e o abuso do poder econômico são ilícitos. A consequência do cometimento de um ilícito é a sanção.

Mesmo sendo uma corrente minoritária no TSE, nota-se certa instabilidade nos precedentes em virtude da própria indefinição do conceito do instituto. São variadas as hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação, nem todas com a mesma natureza jurídica. Ora é entendida como sanção, ora como requisito negativo de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral. Pode-se dizer que a inelegibilidade se constitui em um conceito jurídico indeterminado.<sup>37</sup> Para Miguel Godoy e Eduardo Araújo, a dificuldade na interpretação leva a um acordo razoável.<sup>38</sup>

Nessas situações, é importante observar a manifestação do legislador para aí encontrar pistas acerca da natureza jurídica de tão importante instituto. É o que entendem Miguel Godoy e Eduardo Araújo<sup>39</sup> (2018, p. 62):

A relevância dos desacordos razoáveis na interpretação do texto constitucional e do papel do legislador na delimitação de sentidos foi reconhecida pelo próprio Supremo quando do julgamento das ações de controle concentrado promovidas em face da LC n° 135. Ao apreciar a extensão da categoria “vida progressa” que o legislador constituinte incumbiu o legislador ordinário de zelar mediante a instituição da lei

35 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 176.

36 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RESPE: 19733 PORTO MURTINHO - MS, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 10/04/2018, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 94, Data 14/05/2018, Página 92/93.

37 GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Diálogos em torno de um conceito indeterminado: as inelegibilidades, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Direito Constitucional Eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-66, p. 61.

38 Ibidem, p. 62.

39 GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Diálogos em torno de um conceito indeterminado: as inelegibilidades, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 49-66, p. 62.

complementar que viria a ser a Lei Complementar n° 135/10, o Tribunal argumentou que “o cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressa, constante do art. 14, § 9°, da Constituição Federal.

A Lei Complementar 64/90 parece indicar que a natureza jurídica das inelegibilidades previstas no art. 1°, I, alíneas b e seguintes é de sanção. O principal exemplo é o abuso de poder político e o abuso do poder econômico, cujo reconhecimento em ação leva à inelegibilidade pelo prazo de 8 anos. Nesse sentido, encontra-se o inciso XIV do art. 22 que determina:

[...] julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

A doutrina também se posiciona nesse sentido. Por isso é que as inelegibilidades absolutas previstas no art. 1°, I, da Lei Complementar 64/90 são também chamadas de inelegibilidades cominadas. Adriano Soares da Costa<sup>40</sup>, após diferenciar as inelegibilidades inatas da cominadas, afirma sobre essas últimas:

A inelegibilidade cominada é a sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral – ou de benefício dele advindo –, consistente na perda da elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la. Há perda, quando se corta cerce, pelo cancelamento do registro, a elegibilidade que se adquiriu, dada a prática ou benefício obtido de algum ato escalpelado pelo direito positivado; há obstáculo-sanção, quando o ordenamento especifica um determinado trato de tempo no qual o nacional fica impossibilidade de vir a registrar-se, como apenamento decorrente de ato ilícito.

40 COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 155.

Se há de fato um desacordo razoável acerca da natureza jurídica do instituto, a sua definição deve observar a manifestação do legislador, enquanto representante do povo no poder. E essa manifestação é no sentido de ser a inelegibilidade sanção nas hipóteses em que surge em virtude de um ato ilícito, o que dificulta a aplicação de novos prazos trazidos por lei recém-publicada a situações já julgadas. É importante ressaltar que o desacordo razoável abrange apenas aquelas inelegibilidades cujo fato gerador é um ilícito, conforme previsto no art. 1º, I, alíneas b e seguintes da Lei das Inelegibilidades. Para as demais hipóteses, não há dúvida sobre serem requisitos negativos de adequação. Assim, há um sistema dual de inelegibilidades no direito brasileiro.

Não é esse, no entanto, o posicionamento da Suprema Corte Brasileira. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é que a inelegibilidade não possui natureza jurídica de sanção em qualquer hipótese e, por isso, é possível a sua aplicação retrospectiva. Assim, quando do surgimento da Lei Complementar 135, denominada de Lei da Ficha Limpa, foi possível aplicar os novos prazos, todos ampliados, a condenações anteriores à publicação da nova lei. Tal entendimento gerou a tese de repercussão geral (tema 860), no Recurso Extraordinário 929670<sup>41</sup>, no seguinte sentido:

A condenação por abuso do poder econômico ou político em ação de investigação judicial eleitoral, transitada em julgado, ex vi do artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar 64/90, em sua redação primitiva, é apta a atrair a incidência da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “d”, na redação dada pela Lei Complementar 135/2010, aplicando-se a todos os processos de registros de candidatura em trâmite.

Ou seja, o prazo da inelegibilidade por abuso do poder político ou econômico na redação originária da Lei Complementar 64/90 era de 3 anos. Com a alteração da Lei da Ficha Limpa, o prazo passou a ser de 8 anos. Mesmo assim, aqueles condenados anteriormente à nova lei tiveram a aplicação do novo prazo de inelegibilidade, ainda que por conta do anterior, o cidadão já o tivesse cumprido

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 929670/DF*. Repercussão geral no Recurso extraordinário. Direito constitucional e eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição da república de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida pregressa do candidato. Condenação em ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder cometido na condição de detentor de cargo eletivo. Declaração de inelegibilidade por três anos [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018

integralmente. A fundamentação está contida no acórdão da Suprema Corte no Recurso Extraordinário 929670.<sup>42</sup>

A decisão foi tomada por apertada maioria de 1 voto de diferença. O redator para o acórdão foi o ministro Luiz Fux, tendo o relator originário, Ricardo Lewandowski sido vencido. Para a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, a inelegibilidade não tem natureza de sanção, ainda que trate de abuso de poder. Em verdade, as causas de inelegibilidade devem ser tidas como requisitos negativos de adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral.

Como não é sanção, a aplicação da lei complementar 135/2010 às condutas praticadas antes de sua publicação é possível. Esse entendimento da Suprema Corte permite que uma nova lei, que amplie os prazos de inelegibilidade, possa produzir efeitos em situações pretéritas, o que coloca em risco a segurança jurídica e o exercício dos direitos políticos de forma indevida. Isso, segundo ainda aquela decisão<sup>43</sup> ocorre a retrospectividade e não a retroatividade das novas regras sobre inelegibilidade.

Lógico que a retrospectividade não pode ser confundida com a retroatividade. Esta é aplicada quando a lei produz efeitos *ex-tunc* aplicando novas disposições a situações pretéritas. A retroatividade pode ser aplicada em maior ou menor grau de intensidade, sendo a máxima a que se aplica a situações já consumadas, a média a que se aplica a situações que não foram consumadas e a mínima quando se atribuíam a fatos passados a partir da entrada em vigor da nova lei<sup>44</sup>.

Por outro lado, a retrospectividade aplica os efeitos da nova lei a fatos pendentes. Esses foram produzidos no passado, antes da entrada na nova norma, mas continuam produzindo efeitos. Dessa forma, a nova lei atinge fatos que continuam produzindo efeitos. A

---

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 929670/DF*. Repercussão geral no Recurso extraordinário. Direito constitucional e eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição da república de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida pregressa do candidato. Condenação em ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder cometido na condição de detentor de cargo eletivo. Declaração de inelegibilidade por três anos [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018.

43 *Ibidem*.

44 COSANI, Ana Claudia do Rego. *Os direitos adquiridos na Constituição Federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo.

diferença para a retroatividade é que a nova legislação não está projetando seus efeitos para o passado, mas para o presente.<sup>45</sup>

A aplicação da teoria da retrospectividade no caso de uma nova lei que trate sobre inelegibilidade parece incoerente<sup>46</sup>. Isso porque um dos valores previstos na Constituição Federal é a segurança jurídica que, aplicada aos direitos políticos, faz surgir o princípio da anualidade<sup>47</sup>. Por tal princípio, os *players* do processo eleitoral necessitam de previsibilidade acerca das normas que devem ser aplicadas. Não é razoável que alguém com prazo de inelegibilidade vencido acabe sendo atingido por uma nova lei que, alterando as regras sobre inelegibilidade, estabelece prazo maior e estenda essa inelegibilidade. Nessa situação, é muito difícil diferenciar retroatividade de retrospectividade, uma vez que os efeitos nocivos serão praticamente os mesmos.

Não só isso, também o entendimento desrespeita a autoridade da coisa julgada, apesar da citada decisão do Supremo Tribunal Federal entender de forma contrária, uma vez que a inelegibilidade acabou sendo imposta por decisões irrecorríveis de diversos juízos e tribunais eleitorais, estabelecendo prazos que acabaram sendo dilatados pela lei complementar 135/2010. Com o posicionamento da Suprema Corte, os cidadãos apenados por abuso do poder econômico ou político (art. 1º, I, d e h da LC 64/90) tiveram que cumprir 8 anos de inelegibilidade, ao invés de 3 anos, apesar do quanto determinado nas decisões condenatórias.

Dessa forma, afirmar que a inelegibilidade tem apenas a natureza jurídica de requisito negativo de adequação é deixar de considerar as diversas faces do instituto. A Lei Complementar 135/2010 alterou principalmente os prazos de inelegibilidade dos ilícitos previstos no art. 1º, I, da Lei de Inelegibilidades, além de acrescentar outros ilícitos eleitorais. A consequência de um ilícito é uma sanção<sup>48</sup>. Nesse caso, uma que afeta diretamente a capacidade eleitoral passiva.

45 COSANI, Ana Claudia do Rego. *Os direitos adquiridos na Constituição Federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23042010-143740/publico/Dissertacao\\_Ana\\_Claudia\\_do\\_Rego\\_Consani](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23042010-143740/publico/Dissertacao_Ana_Claudia_do_Rego_Consani). Acesso em 27 mai. 2021. p. 168.

46 BARREIROS NETO, Jaime. *Direito eleitoral*. 8 ed. Rev. e Atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2018, p. 245.

47 ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2 ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 24.

48 BARREIRO NETO, Jaime. *Direito eleitoral*. 8 ed. Rev. e Atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2018, p. 246.

O combate ao abuso de poder nas eleições é determinação constitucional (art. 14, § 9º da Constituição Federal). Mas é necessário que esse legítimo combate seja realizado de acordo com os valores previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, não se pode confundir a atuação proativa do judiciário com a criminalização da política.<sup>49</sup>

Essa atividade proativa do judiciário não transforma o juiz em legislador, embora o bom juiz possa ser criativo, dinâmico e ativista.<sup>50</sup> A criminalização da política, por outro lado, significa interferência indevida na atividade legislativa como aquela que confere ao juiz-intérprete elástica e subjetivizada, o que leva a um alargamento da interpretação, chegando ao cúmulo de se extrair um sentido diverso do quanto previsto no Texto Constitucional.<sup>51</sup>

Não compreender tais situações como sanção significar deixar de levar em consideração a manifestação legítima do legislador que utiliza essa espécie de inelegibilidade para punir os ilícitos previstos. Não há como negar a importância da atividade proativa do judiciário, mas é necessário que exista coerência em sua interpretação, ainda mais quando se trata do exercício de direitos fundamentais ligados diretamente à democracia representativa e à soberania popular.

A interpretação que parece mais razoável, em cumprimento dos valores previstos na Constituição Federal é entender que não se pode aplicar uma nova lei que trate de inelegibilidade a condutas anteriores a sua publicação, pelo menos aquelas que, conforme apontadas no art. 1º, I, alíneas b e seguintes, da Lei Complementar 64/90, se constituem em sanções. É a forma de se trazer uma interpretação coerente com o quanto previsto no ordenamento jurídico.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou mostrar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que acabou gerando a tese de repercussão geral 860, e que permite a aplicação de uma nova lei que trate

49 AIETA, Vânia Siciliano. O sacrifício dos direitos políticos através da pena de inelegibilidade. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141-164, p. 149.

50 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 74.

51 AIETA, Vânia Siciliano. O sacrifício dos direitos políticos através da pena de inelegibilidade. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141-164, p. 150.

de inelegibilidade a fatos que ocorridos antes da sua publicação é equivocado. Não leva em consideração que a inelegibilidade possui diversas causas, dentre elas o cometimento de ilícitos eleitorais, fazendo parte de um sistema dual.

Não há que se negar que a inelegibilidade pode funcionar como requisito negativo de adequação, quando se trata de analfabetismo, por exemplo. Mas como consequência de ilícitos eleitorais, como abuso do poder político ou econômico, é muito difícil não considerar a sua natureza jurídica como sanção sem perder a coerência com o ordenamento jurídico.

Nessas situações, a aplicação da retrospectividade se confunde na prática com a retroatividade, acabando por ofender a segurança jurídica e trazer incertezas irrazoáveis para todos aqueles que pretendem candidatar-se a mandato eletivo. Como a capacidade eleitoral passiva é exercício de direitos políticos, faz-se necessário que a interpretação sobre normas que possam afetá-la leve em consideração sua maior eficácia possível. Por isso é que a interpretação de normas que tragam algum tipo de limitação deve se dar de forma restritiva, incluindo aquela que vise aplicar algum efeito da nova lei a situações ocorridas antes da sua publicação.

Por isso é que o posicionamento da Suprema Corte deve ser revisto, para entender que quando a inelegibilidade surge de ilícitos eleitorais deve ter a natureza jurídica de sanção e que não se faz possível a aplicação de novas leis que aumentem seu prazo sejam aplicadas a condutas anteriores à entrada a sua vigência.

É evidente que o papel de tais normas na manutenção da moralidade no exercício do mandato é essencial, mas não é possível que sob esse argumento se busque cercear de forma ilegítima o propósito das normas e valores fundamentais, pois nesse caso haverá uma verdadeira criminalização da política e não uma atuação proativa do Judiciário, trazendo diversos problemas e limitando de forma indevida o exercício dos direitos políticos.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. O sacrifício dos direitos políticos através da pena de inelegibilidade. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz

Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária: efetividade e aplicabilidade*. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalismo democrático: a ideologia vitoriosa do século XX*. Ribeirão Preto, 2019.

BARREIRO NETO, Jaime. *Direito eleitoral*. 8 ed. Rev. e Atual. Salvador, Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 mai. 2021.

BRASIL. *Lei 4.737, de 15 de julho de 1976*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>. Acesso em 29 mai 2021.

BRASIL. *Lei 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em 19 mai. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

BRASIL, *Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário/RJ: 637485*. Repercussão geral. Reeleição. Mu-

nicípios. Interpretação do art. 14, § 5º, da constituição. prefeito. Proibição de terceira eleição em cargo da mesma natureza, ainda que em município diverso. Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 01/08/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 929670/DF*. Repercussão geral no Recurso extraordinário. Direito constitucional e eleitoral. Eleições 2012. Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da constituição da república de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida pregressa do candidato. Condenação em ação de investigação judicial eleitoral por abuso de poder cometido na condição de detentor de cargo eletivo. Declaração de inelegibilidade por três anos [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral: 171735/SP*, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/04/2017, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 09/05/2017, Página 280.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral: 19733/MS*, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 10/04/2018, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 94, Data 14/05/2018, Página 92/93.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COSANI, Ana Claudia do Rego. *Os direitos adquiridos na Constituição Federal de 1988*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8 ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Diálogos em torno de um conceito indeterminado: as inelegibilidades, o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. *In*: FUX, Luiz;

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 16 ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo, Atlas, 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MELLO, Baptista de. Interpretação e humanização da lei. *In*: MENDES, Gilmar; STOCO, Rui (Org.). *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. – (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral, v. 1).

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do Direito Eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio. Um olhar hermenêutico sobre o Direito Eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Direito Constitucional Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZÍLIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 2 ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.



# DEMOCRACIA TRANSFORMADA: UMA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS QUE APONTAM PARA UMA CONJUNTURA DE INCERTEZAS

## DEMOCRACY TRANSFORMED: AN ANALYSIS OF THE ASSUMPTIONS THAT POINT TO AN UNCERTAIN FUTURE

Nathália Bittencourt

### RESUMO

O presente ensaio tem como principal escopo a descrição sistemática das principais causas para o atual cenário de crise do regime da democracia representativa moderna. Quais fatores explicam o descrédito das instituições, a ascensão de líderes populistas, a aguda diminuição da participação popular, o distanciamento da representatividade e o engessamento do sistema partidário? Para tentar responder a essas questões, faz-se uma revisão de literatura interdisciplinar à luz de pesquisas contemporâneas que se debruçam sobre essa temática na área do Direito, Ciência Política, Sociologia e Filosofia. Nessa perspectiva, acredita-se que este artigo contribui para o conhecimento do fenômeno multifatorial da crise do Estado Democrático de Direito posto em tela, na medida em que traz à baila discussões recentes sobre as raízes e possíveis saídas para o fortalecimento do regime diante da complexa relação dos interesses em jogo no xadrez político.

**Palavras-chave:** Democracia; Estado Democrático de Direito; Representação; Política; Crise.

### ABSTRACT

This essay has as its main scope the systematic description of the main causes for the current crisis scenario of the modern representative democracy regime. What factors do explain the

---

\*Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Servidora do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia. Contatos: [nathalia.viviani@ufpe.br](mailto:nathalia.viviani@ufpe.br); [nathalia.bittencourt@tre-ba.jus.br](mailto:nathalia.bittencourt@tre-ba.jus.br)

discredit of institutions, the rise of populist leaders, the sharp decrease in popular participation, the distancing of representation and the cristallization of the party system? In an attempt to answer these questions, an interdisciplinary literature review is carried out in the light of contemporary research that focuses on this theme in the areas of Law, Political Science, Sociology and Philosophy. In this perspective, it is believed that this article contributes to the knowledge of the multifactorial phenomenon of the crisis of the Democratic State of Law put on the screen, insofar as it brings up recent discussions about the roots and possible solutions for the strengthening of the regime in the face of the complex relationship of interests at stake in political chess.

**Keywords:** Democracy, Democratic State of Law, Representation; Politics, Crisis.

## 1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da crise da democracia tem sido alvo de amplos debates na sociedade contemporânea. Com efeito, o que explica o atual cenário de descrédito das instituições, a ascensão de líderes populistas, a aguda diminuição da participação popular, o distanciamento da representatividade e o engessamento do sistema partidário? A resposta a essa pergunta é multifacetada e complexa, uma vez que o fenômeno de enfraquecimento dos pilares democráticos não se limita ao Estado brasileiro, mas ao mundo.

*Prima facie*, torna-se fundamental, para fins conceituais e de enquadramento teórico, esclarecer o significado de democracia moderna, bem como do que se entende pelos seus pilares. O cientista político Robert Dahl é amplamente reconhecido pela sua obra prolífica acerca da definição contemporânea desse modelo. Em *Poliarquia*<sup>2</sup>, por exemplo, o autor assume que nenhum sistema existente pode ser considerado plenamente democrático. Com efeito, a complexidade das civilizações modernas afasta sobremaneira a concretização da democracia ideal, e torna necessária a edificação de conceitos que considerem os elementos de heterogeneidade,

<sup>2</sup> DAHL, Robert. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997

dinamismo e extensão das sociedades, bem como a descentralização dos desenhos institucionais do Estado Nacional.

Nessa perspectiva, torna-se fundamental considerar essas características. No tocante ao sistema democrático perfeito ou ideal, este é composto essencialmente por cinco critérios, segundo Dahl<sup>3</sup>: a participação efetiva, segundo a qual há oportunidades iguais para os cidadãos participarem substancialmente das decisões políticas; igualdade de voto, que se configura na salvaguarda do direito à escolha em iguais condições a todos; entendimento esclarecido, por meio do qual todos os membros da sociedade devem ter a mesma amplitude de acesso ao conhecimento das diversas questões em jogo para permitir uma escolha livre e razoável; controle de agenda, que significa o poder resolutivo na mão dos cidadãos sobre o formato para que as questões serão levantadas e solvidas, e, por último, o critério da inclusão, o qual pode ser definido pela habilitação ou critérios determinados para autorização de participação das decisões políticas.

Sob esse prisma, ressalta-se que o presente ensaio identifica-se com o regime democrático real, cuja definição abrange, em maior ou menor grau, sete requisitos fundamentais, segundo Dahl<sup>4</sup>: dirigentes eleitos pelos cidadãos; eleições livres, justas e frequentes; sufrágio inclusivo; direito à elegibilidade; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; autonomia associativa. Saliencia-se, por oportuno, que essas condições, apesar de indispensáveis para a configuração de um regime poliárquico, podem não ser suficientes<sup>5</sup> tendo em vista as diferentes escalas dessas atribuições nas democracias modernas.

Outrossim, com o fito de adequar a complexidade da conceitualização da democracia às suas transformações em curso e situá-la à realidade diante de seus variados modelos existentes, alguns teóricos buscaram simplificá-la, trazendo à baila teorias minimalistas da democracia. Sartori<sup>6</sup>, por exemplo, ilustra que o elemento mínimo para a configuração da democracia está na existência efetiva da

---

3 DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

4 Ibidem.

5 DAHL, Robert. *A Democracia e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

6 SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura: 1965.

competição no xadrez eleitoral. Bobbio<sup>7</sup>, por seu turno, em sua obra 'O Futuro da Democracia', cuja temática central é a discussão contextual acerca dos pilares da democracia representativa, seus limites e suas virtudes, defende que o respeito ao império da lei é o ponto nevrálgico da democracia, na medida em que esta se revela como método por meio do qual as decisões são tomadas com ampla participação popular em obediência às regras do jogo. Conforme as palavras finais da obra do autor,

O que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E o que constitui um bom governo democrático senão o respeito rigoroso por essas regras? (...) E precisamente porque não tenho dúvidas, posso concluir em sã consciência que a democracia é o Estado de direito por excelência. No momento em que uma democracia perde de vista esse seu princípio inspirador, ela rapidamente reverte em seu oposto, em uma das muitas formas de governo autocrático que assombram as crônicas dos historiadores e as especulações dos pensadores políticos.<sup>8</sup>

Ato contínuo, torna-se relevante destacar, como preâmbulo ao alcance do objeto deste artigo, qual seja, o cenário de crise, os motivos pelos quais esse sistema pluralista é considerado superior a regimes autocráticos, sobretudo no tocante aos Estados que compartilham da evolução histórica ocidental. De modo geral, Bobbio<sup>9</sup>, assim como Dahl<sup>10</sup>, defendem que o regime democrático é o único capaz de salvaguardar os direitos individuais e a pluralidade de ideias em sua complexa relação na tomada de decisão direcionada ao bem comum. Ademais, a disputa competitiva na alternância de poder, a efetiva participação cívica e o fortalecimento da política partidária possibilitam mais representatividade, o que dificulta o desenvolvimento de tiranias e reforça a importância do múnus público.

Nesta cadência, denota-se que o sistema democrático necessita de um engajamento político efetivo da sociedade civil, do cumprimento definitivo das normas cogentes e do respeito mútuo

---

7 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

8 *Ibidem*, p. 169.

9 *Ibidem*.

10 DAHL. Robert. *A Democracia e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

das diferenças entre os adversários<sup>11</sup> como pressupostos para o seu funcionamento moderno. Entretanto, diversos fenômenos da última década têm revelado o enfraquecimento dessas premissas em todo o mundo. Com efeito, observa-se que há um aparente enfraquecimento da força institucional, a ampla desconfiança generalizada na representação política, e uma diminuição acentuada na participação popular.

Diante disso, o presente artigo busca apontar os principais mecanismos causais que explicam esse cenário atual de crise no sistema democrático moderno. Para tanto, este ensaio se organiza da seguinte forma: primeiramente, destacam-se os fatores globais de implosão sistemática deste modelo político por pensadores contemporâneos, os quais iluminam essa temática e divergem quanto a possíveis desfechos dessa conjuntura de incerteza. Ato contínuo, far-se-á a análise dos fenômenos que ilustram alguns de seus pilares que estão sendo enfraquecidos no mundo, em especial no Brasil, bem como alguns caminhos apontados para impedir a derrocada definitiva da democracia.

Nessa perspectiva, apontar-se-ão possíveis saídas para o resgate de seu espírito e projeto de civilização. Acredita-se que este ensaio contribui para o conhecimento do fenômeno multifatorial da crise do Estado Democrático de Direito posto em tela, na medida em que traz à baila discussões recentes sobre as raízes e possíveis saídas para o fortalecimento do regime diante da complexa relação dos interesses em jogo no xadrez político.

## 2 IMPLOÇÃO DEMOCRÁTICA: CAUSAS E APONTAMENTOS

O fenômeno de crise do sistema democrático não é novo. Com efeito, Bobbio<sup>12</sup> alertou que a democracia representativa, esculpida sobretudo no século XIX, apresenta diversas contradições em cotejo com os seus valores que remontam à Antiguidade Clássica. Contudo, em vez de apresentá-las como crise do Estado de Direito, o autor prefere apontá-las como transformações, intituladas de “promessas não cumpridas”, as quais limitam os pressupostos da

11 SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. *Estado e Democracia: Uma Introdução ao Estudo da Política*. Ed. Zahar, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2021, p 113.

12 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

nação democrática, a exemplo da permanência das oligarquias, do poder invisível<sup>13</sup> e a falta de educação cidadã.

Não obstante, o autor em comento argumenta que essas transformações não foram capazes de provocar uma mudança desse sistema ao autocrático ou totalitário, uma vez que o conteúdo *mínimo* do Estado democrático ainda existe, isto é, garantias de direitos individuais, eleições periódicas, partidos políticos e o sufrágio universal. Ocorre que, conforme aduzem os cientistas Levitsky e Ziblatt<sup>14</sup>, esses requisitos fundamentais têm sido continuamente abalados por diversas ações que corroem os valores do Estado Democrático de Direito, por meio do desvirtuamento do sentido das normas (o “espírito das leis”), do descumprimento e negação às regras do jogo, bem como do enfraquecimento maciço da mobilização partidária e popular.

Nesse contexto, o presente tópico busca analisar como essas condições mínimas do sistema democrático moderno têm sido maculadas, e quais são os apontamentos de pensadores atuais no tocante aos pontos de inflexão e ao futuro da democracia. Ato contínuo, destacam-se possíveis saídas para o resgate de seu espírito e projeto de civilização.

## **2.1 GLOBALIZAÇÃO E NEOLIBERALISMO: COMO ISSO AFETA A DEMOCRACIA?**

A expansão do mercado financeiro e das tecnologias da informação desencadearam novas dinâmicas nas relações internacionais e domésticas, as quais inauguraram novos desafios aos regimes democráticos e marcaram profundamente os tempos atuais. Martin Loughlin<sup>15</sup>, cientista britânico, argumenta que a globalização teve um impacto definitivo para o esvaziamento de pilares das democracias constitucionais, haja vista a incapacidade da soberania nacional de colocar em xeque os ditames das grandes instituições transnacionais regulatórias.

13 Bobbio define o poder invisível como uma série de decisões e serviços ocultos dentro do Estado (máfia, corrupção, etc), que corroem a transparência e o controle popular nos sistemas democráticos modernos.

14 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 272 p. 2018.

15 LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, No. 2, pp. 435–454, 2019.

Nessa perspectiva, o autor enfatiza que a ampla rede multinacional corporativa projetou uma série de arranjos mercadológicos com vistas a impedir qualquer interferência da política nacional, o que enfraqueceu sobremaneira o poder do Estado no tocante à sua autodeterminação de regular a economia de acordo com as suas necessidades e interesses. Além disso, Loughlin<sup>16</sup> sugere que a globalização também corroeu a independência das instituições, na medida em que os representantes passaram a acatar autoridades externas, como cortes internacionais e agências regulatórias.

Ademais, a estrutura político-econômica neoliberal é comumente apontada como o vértice basilar para a atual conjuntura de crise, tendo em vista, sobretudo, o seu impacto deletério no Estado de bem-estar social, cujas garantias de direitos trabalhistas e coletivos passaram a ser pulverizados. Em paralelo, a autonomia do mercado e o agudo crescimento da desigualdade social são outros fatores que intensificaram a insatisfação popular e o descrédito do poder institucional. Em suma, André Singer, Cícero Araújo e Leonardo Belinelli sustentam que

Em nome da liberdade mercantil, foram revertidos os denominados “Trinta Gloriosos”, nos quais houve expansão produtiva com integração da classe trabalhadora aos direitos da cidadania. Na década de 1980, a democracia moderna, às voltas com os problemas de representação, passou a sofrer dificuldades novas. O Estado de bem-estar, determinante do pacto democrático que presidiu o capitalismo nos anos dourados, começou a ser desconstruído por uma crescente hegemonia neoliberal. Esta minou, juntamente com os direitos sociais, os requisitos que permitiam a efetiva alternância de programas de classe distintos no poder.<sup>17</sup>

No que concerne ao papel das intensas transformações tecnológicas nas dinâmicas da política econômica global inserida nesse contexto, os pensadores Guriev e Papaioannou<sup>18</sup> sustentam que a competição por mão de obra barata dos países periféricos e o aumento da automação promoveram demissão em massa de milhões de assalariados de renda média e baixa. Esses fenômenos repercutiram, em paralelo com outros fatores, no aumento contínuo

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. *Estado e Democracia: Uma Introdução ao Estudo da Política*. Ed. Zahar, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2021, p 113.

<sup>18</sup> GURIEV, Sergei; PAPAIOANNOU, Elia. The political economy of populism. *Journal of economic Literature*, 2020.

da desigualdade social e da insatisfação popular desses cidadãos prejudicados, o que, conforme defendem os autores, facilitou a ascensão de líderes populistas nas últimas décadas.

Salienta-se, ainda, a ideia do filósofo Byung-Chul<sup>19</sup> no tocante ao papel corrosivo das redes de informação aos valores democráticos. Com efeito, a disseminação de *fake news* e aparatos tecnológicos robustos de propaganda inauguram, para o autor, um novo estado de niilismo social, no qual os indivíduos vivem em universos “desfactuados” da realidade. Trocando em miúdos, o autor entende que esse sintoma moderno desencadeia crises na democracia em razão de seu efeito negativo à coesão social e à pulverização da verdade, por meio de um movimento centrífugo que desintegra a força institucional.

Destarte, torna-se notório que essas transformações sistêmicas dos últimos 50 anos provocaram intensos reflexos no moderno modelo político da democracia, o que mitigou alguns de seus pilares fundamentais, a exemplo da salvaguarda de direitos individuais, da soberania nacional e da representação popular. Boaventura de Souza Santos<sup>20</sup> argumenta que a globalização hegemônica encarna novas formas de justificação para a manutenção da estrutura de desigualdade econômica global por meio de um sofisticado discurso de “desenvolvimento”, o qual, em verdade, é capaz de encurralar Estados mais pobres em endividamento e minar culturas locais e modos de subsistência<sup>21</sup>.

No tópico seguinte, ilustrar-se-ão as formas pelas quais essa conjuntura impulsionou uma onda de radicalização na política, a ascensão de líderes extremistas e a polarização no xadrez eleitoral.

## **2.2. POLARIZAÇÃO E A ASCENSÃO POPULISTA**

Considerando que o conceito de populismo é demasiado amplo e que seus líderes surgem em diferentes tempos históricos, Guriev e Papaioannou<sup>22</sup>, em aclamada síntese sobre o fenômeno,

19 BYUNG-CHUL, Han. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Tradução de Gabriel S. Philipson. – Petrópolis-RJ. Ed. Vozes, 2022.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. Toward a Multicultural Conception of Human Rights. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 18(1), 1-15, 1997.

21 Em contrapartida, o autor inaugura a ideia do desenvolvimento de uma globalização contra hegemônica, definida pelos atributos de solidariedade global e união em defesa dos direitos humanos (individuais e coletivos).

22 GURIEV, Sergei; PAPAIOANNOU, Elias. The political economy of populism. *Journal of economic Li-*

aduzem que seus atributos essenciais incluem um movimento anti-elitista e anti-pluralista, na medida em que a superioridade moral do *povo* sustenta-se em detrimento da elite e rejeitam-se a diversidade de opiniões e o direito das minorias. Nesse sentido, só há espaço para a vontade da unidade, cujas identidades culturais e valores diferem a depender das particularidades locais e conjuntura de cada Estado.

Nesse contexto, salienta-se que o populismo necessariamente se desenvolve em combate à democracia liberal<sup>23</sup>, de modo que há uma incompatibilidade entre as premissas desse sistema e o crescimento daquele modelo social, que não chega a ser considerado uma ideologia, segundo os autores. Sob esse prisma, destaca-se que seus líderes surgem à luz de movimentos de esquerda ou de direita, mas em comum apelo autoritário ao extremismo de valores e às características antielitistas e anti-pluralistas.

Com base nesse conceito geral, não há dúvidas de que a última década tornou-se palco de crescimento de nova onda populista em todo o mundo, o que, conforme pontuado acima, vai de encontro aos pressupostos da democracia representativa atual. A ascensão de governantes com o perfil de Victor Órban, na Hungria, de Recep Erdogan, na Turquia, Narendra Modi, na Índia, e Jair Bolsonaro ilustra o crescimento de seu novo ressurgimento com roupagem ultradireitista (nos casos da Hungria e do Brasil) e nacionalista (no caso dos Estados turco e indiano).

Outrossim, interessa destacar as recentes pesquisas do teórico Svoblik<sup>24</sup> acerca dessa temática em sociedades muito polarizadas. Segundo o autor, líderes populistas tendem a se beneficiar desse contexto social, uma vez que conseguem explorar a conjuntura de forma mais radicalizada. O autor traz à baila ao posicionamento do cidadão comum diante desse cenário, haja vista a sua tendência de tolerância a posturas autoritárias em desfavor da política de seu candidato adversário. De fato, em disputas polarizadas, segundo Svoblik<sup>25</sup>, há um *trade-off* imposto a esse eleitor no tocante à sua

---

terature, 2020.

23 Ibidem.

24 SVOLIK, Milan. When Polarization Trumps Civic Virtue: Partisan Conflict and the Subversion of Democracy by Incumbents. *Quarterly Journal of Political Science* 15(1): 3-31, 2020.

25 SVOLIK, Milan. Polarization versus Democracy. *Journal of Democracy* 30(3): 20-32, 2019

escolha entre interesses partidários<sup>26</sup> ou valores democráticos. Comprova-se, em suas pesquisas, que a primeira geralmente prevalece sobre a segunda. Nesse contexto, Estados polarizados são particularmente mais vulneráveis a retrocessos democráticos.

Por último, a cientista Urbinati<sup>27</sup> aduz que o populismo, antes concebido pelos teóricos como limitado a países que haviam sido colonizados e que estavam em processo de construção nacional, se estende a praticamente todas as democracias ocidentais. Em que pese a autora demonstrar ceticismo no tocante a previsões pessimistas da derrocada do sistema democrático moderno, esta argumenta que o fenômeno fomenta uma nova forma de governo representativo, cujos líderes falam pelo e para o povo, sem intermediários, sejam eles a imprensa ou, em especial, os partidos políticos. Trata-se, portanto, de uma democracia “desfigurada”, que transforma os pilares democráticos do povo, do princípio da maioria e da representação política.

A seguir, enfatizamos o esvaziamento da força institucional dos partidos políticos nas democracias modernas, bem como o destaque à ideia teórica da democracia de público, desenvolvida à luz do amplo crescimento das redes de informação atuais.

### **2.3 ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA DE PARTIDO**

É notório o declínio da força do modelo partidário de representação política nos tempos atuais. A sua crise torna-se manifesta diante do cenário de polarização eleitoral e ascensão de líderes populistas, na medida que o seu papel mediador da democracia, baseado na responsividade da vontade da população e no equilíbrio da pluralidade de ideais é desintegrado. Nessa perspectiva, Przeworski<sup>28</sup> destaca que o sistema encontra-se engessado desde o início do século passado sem o desenvolvimento de alternativas políticas, o que torna o seu destino demasiado difícil de prever. Ainda assim, a sua erosão, segundo o autor, é certa.

Nesta cadência, torna-se imperioso dar relevo ao papel da expansão da mídia de massas e dos conglomerados de tecnologias

<sup>26</sup> O termo significa, para o autor, tanto a fidelidade ao partido\liderança quanto a preferências de políticas econômicas e sociais específicas.

<sup>27</sup> URBINATI, Nadia. *Me, The People. How Populism Transforms Democracy*. Harvard University Press. London, 2019.

<sup>28</sup> PRZEWORSKI, Adam. *Crisis of Democracy*. Cambridge University Press, 2019

de comunicação no enfraquecimento da vinculação entre a política e eleitores realizada pelos partidos. Conforme assentam Singer, Araújo e Belinelli<sup>29</sup>, esses veículos digitais passaram a executar essa função direta de conexão entre o candidato e o votante, o que diminuiu a identificação e relacionamento entre representantes e representados. Esse cenário inaugura o arranjo da democracia de público<sup>30</sup>, no qual a relevância da função dos partidos políticos é posta em xeque.

Ademais, Sartori<sup>31</sup>, em sua obra “Partidos e sistemas partidários”, ilustra com acuidade a situação acima ao teorizar sobre as dinâmicas desses órgãos no contexto de pluralismo polarizado em sistemas competitivos. Com efeito, a característica antissistema, definida pelo denominador comum da deslegitimação do regime, bem como o atributo da existência de oposições bilaterais implicam a ocupação do espaço do centro pelo espectro esquerda-direita. O autor traz a ressalva de que a postura antissistema não significa, necessariamente, que o partido seja revolucionário. Entretanto, esta é demarcada pelo *impacto deslegitimador*<sup>32</sup>. Dessa forma, o seu papel mediador é esvaziado pelas tendências centrífugas do movimento de afastamento da *centralidade* pelas forças imoderadas da polarização<sup>33</sup>.

Nesse contexto, retornamos às pesquisas de Svulik<sup>34</sup> sobre a relevância do cidadão comum no cenário de polarização política em cotejo com a diminuição do papel da política partidária tradicional, tendo em vista que a força dos extremos impõe o *trade-off* entre os valores democráticos e os interesses político-econômicos particulares em jogo. À medida que a função mediadora do centro é pulverizada, essa difícil escolha se torna mais evidente, o que facilita a ascensão de candidatos populistas. Outrossim, Przeworski<sup>35</sup> aponta que o enfraquecimento do poder de convocação pelo

29 SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. *Estado e Democracia: Uma Introdução ao Estudo da Política*. Ed. Zahar, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2021

30 O termo foi cunhado em meados da década de 90 pelo escritor Bernard Manin.

31 SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Ed. Zahar. Rio de Janeiro, 1982.

32 Ibidem, p. 159.

33 Ibidem, p. 160.

34 SVOLIK, Milan. When Polarization Trumps Civic Virtue: Partisan Conflict and the Subversion of Democracy by Incumbents. *Quarterly Journal of Political Science* 15(1): 3-31, 2020.

35 PRZEWORSKI, Adam. *Crisis of Democracy*. Cambridge University Press, 2019

sistema partidário à mobilização popular pode levar ao aumento do desinteresse e da ausência da participação cívica ao jogo político.

No tocante ao esvaziamento da participação dos cidadãos na política, importa destacar a realidade das eleições brasileiras, notadamente em relação à variação do quantitativo de abstenções e dos votos nulos e brancos. Com efeito, o gráfico a seguir ilustra, com o marco temporal de 1989 a 2022, que a média da ausência de indivíduos ao pleito eleitoral oscila entre 15 a 23% do total da população considerada apta a votar. Além disso, considerando que os votos brancos e nulos também sinalizam o desinteresse ou a falta de perfil de candidatos à representação política, existe um quantitativo expressivo da sociedade que se mantém à margem do processo eleitoral, ainda que tenha o direito (e dever) ao voto.

Ademais, salienta-se que foi desconsiderado o pleito de 2020 em razão da conjuntura atípica da pandemia de COVID-19, que dificultou sobremaneira o deslocamento da população aos seus locais de votação. Demonstra-se, assim, que a crise de representatividade e a perda da confiança de eleitores nas instituições democráticas são consequentes do afastamento da função político-partidária de elo entre os anseios da população ao Estado. Fonte: elaboração própria com base nos dados fornecidos pelo TSE e reportagem da Politize!<sup>36</sup>

Por consequência, observa-se que os tópicos apresentados estão intrinsecamente conectados, de forma que não há fatores isolados capazes de explicar as transformações que perpassam o sistema da democracia representativa. No tocante ao contexto de polarização partidária no Brasil, destaca-se a explanação de Sérgio Abranches acerca do declínio do presidencialismo de coalizão no país. Nas palavras do autor, um progressivo desalinhamento partidário está em curso, o qual se desenvolveu a partir das eleições disruptivas de 2018. O autor destaca que esse desacoplamento se desenvolveu em dois planos, *in verbis*:

O fim do ciclo PT-PSDB na Presidência da República e a hiperfragmentação das bancadas desorganizaram completamente o jogo político-partidário que assegurou a estabilidade democrática e o funcionamento do presidencialismo de coalizão por quase um quarto de século. Esse sistema,

<sup>36</sup> PAIVA, Maria Clara. O que é a abstenção no processo eleitoral? Politize!, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-e-a-abstencao-no-processo-eleitoral/>. Acesso em 22 de maio de 2023.

todavia, dava sinais de estar no seu ocaso, com a rápida perda de qualidade das políticas públicas, o desalinhamento partidário e a contaminação generalizada do sistema político pela corrupção partidário-empresarial<sup>37</sup>.

Salienta-se, por oportuno, a recente obra de Abramovay e Lotta<sup>38</sup>, que traz à baila a importância do papel equilibrista das instituições democráticas brasileiras na convivência pacífica entre políticos e burocratas. No contexto de atual distanciamento e desinteresse da sociedade pelo múnus público, os autores citam dois extremos de propostas que emergem desse desencantamento: o apelo à tecnocracia, a qual rejeita a discussão política como elemento importante na teia da tomada de decisão, e o apelo ao populismo, que, em contrapartida, tende a desconsiderar a cogência das regras do jogo como fundamentais nesse processo.

Em arremate, Caramani<sup>39</sup>, ao analisar os desafios da democracia partidária diante dessas duas sobreditas propostas alternativas de representação, argumenta que a tecnocracia e o populismo possuem similaridades em termos da visão unitária e não pluralista do interesse geral social, bem como das críticas das funções dos partidos ao modelo político atual. Nesse sentido, ambas essas formas, segundo o autor, sugerem que a política partidária está mais voltada à consecução de sua manutenção ao poder do que na busca pelas respostas aos anseios da vontade dos eleitores, o que corrobora com o argumento de esvaziamento e descredibilização de seu propósito.

## **2.4. MUNDO CIBERNÉTICO: NOVAS AMEAÇAS E DESAFIOS**

A conotação do termo espaço cibernético é abstrata e possui diferentes significados. Smeets e Shires apontam que o seu conceito passou de um domínio repleto de possibilidades para um mundo de ameaças e desconfiança mútua, tendo em vista que a expansão de redes de computadores foi associada, inicialmente, com os avanços da democracia, crescimento da interação social e

37 ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. Em *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2019, pg. 9.

38 ABRAMOVAY, Pedro; LOTTA, Gabriela. *A Democracia Equilibrada. Políticos e Burocratas no Brasil*. São Paulo. Ed. Companhia das Letras. São Paulo, 2022

39 CARAMANI, Danielle. Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government. *American Political Science Review*, 111, 1, 54–67, 2017

desenvolvimento econômico no mundo globalizado do pós-Guerra Fria. Entretanto, os autores reconhecem que os perigos desenvolvidos pela criação de *softwares* maliciosos capazes de violar, obstruir ou manipular informações no mundo digital tornaram o espaço cibernético um lugar inseguro e anárquico.

Nessa esteira, Manjikian aborda que o espaço cibernético passou de “vila global” para “campo de batalha virtual” desenvolveu-se a retórica na qual o mundo digital seria mais uma ferramenta perigosa do que um local essencialmente democrático. Existiria, dessa forma, uma corrida no espaço cibernético pelo monopólio da informação, cujo objetivo seria dominá-la com antecedência para alcançar uma vantagem estratégica sobre o adversário.

A busca na política internacional pela dominância desse meio é descrita como uma competição dos Estados, especialmente os EUA, China e Rússia, pelo controle da informação, bem como as vantagens da ofensiva nas redes do espaço cibernético. No tocante a esses dois últimos, alguns analistas desenvolveram a alcunha de poder perfurante (*sharp power*) em relação a como a distorção da informação tem sido um projeto estratégico de manipulação do público-alvo para persecução de interesses autoritários.

Nessa perspectiva, a desinformação torna-se um atributo valioso para os Estados, tanto em termos internacionais quanto domésticos. As técnicas de comunicação utilizadas são sofisticadas e capazes de macular pressupostos básicos da Democracia, a exemplo da autonomia dos cidadãos na busca pelo entendimento esclarecido, a confiança nas instituições, liberdade de escolha, dentre outros.

## **2.5 POWERSHARING COMO FERRAMENTA DE SALVAGUARDA DA DEMOCRACIA**

Em publicação recente na *American Political Science Review*, os cientistas GRAHAM, MILLER e STROM fazem uma pesquisa inovadora acerca do impacto que instituições de partilha de poder perfazem à Democracia contemporânea. Por meio de uma estratégia empírica com resultados robustos, os autores identificaram que o modelo de compartilhamento restritivo é o mais adequado para,

a longo prazo, garantir que a democracia sobreviva a diferentes contextos políticos, até o mais extremos, como a Guerra.

Em termos conceituais, o termo *powersharing* pode ser enquadrado como formas constitucionais de divisão de poder entre atores políticos e segmentos da sociedade pluricultural capazes de contribuir para que exista um ambiente de estabilidade política. No que concerne aos modelos, destaca-se que cada um reflete os ideais de igualar o poder e restringir líderes, mas divergem sobre a prioridade e o alcance da capacidade de resposta eleitoral. A conexão entre compartilhamento de poder e democracia é, portanto, complexa e dependente do contexto. Sobre esse aspecto, os autores aduzem que existe uma tensão inerente a ambos, mas que podem ser aliados, a saber:

Se a democracia requer “incerteza institucionalizada” (Przeworski 1991), soberania e anonimato eleitoral (“uma pessoa, um voto”), então o compartilhamento de poder pode contrariar todos esses valores. Se compartilhamento de poder significa inclusão, como grandes coalizões, então pode limitar a responsabilidade e a incerteza ex ante das eleições. Se significa autonomia minoritária e poder de veto, então pode tornar alguns votos são mais valiosos do que outros e, portanto, violam o anonimato. E se isso significar limitações ao governo autoridade, pode circunscrever a soberania popular.

Nesse contexto, tabela abaixo identifica os tipos de modelos de compartilhamento de poder e seus indicadores para ilustrar o conceito de seus elementos, a saber:

Tipo	Indicadores	Exemplos de Estados
Inclusivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Governo de Unidade ou Coalizão obrigatória</li> <li>-Veto Mútuo</li> <li>-Cargos Executivos reservados</li> <li>-Assentos reservados</li> <li>-Inclusão Militar Obrigatória</li> </ul>	Bósnia e República do Líbano
Dispersivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Autoridade Tributária Subnacional</li> <li>-Autoridade Subnacional de Educação</li> <li>-Autoridade Policial Subnacional</li> <li>-Eleições Executivas Estaduais/Provinciais</li> <li>-Eleições legislativas estaduais/provinciais</li> <li>-Alinhamento do grupo constituinte (representação estadual/provincial em a casa alta)</li> </ul>	Estados Unidos, México e Índia
Restritivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Religião Protegida (livre de discriminação)</li> <li>-Religião Protegida (liberdade de prática)</li> <li>-Proibição do Legislador Militar</li> <li>-Proibição de partido étnico</li> <li>-Revisão judicial</li> <li>-Posse Judicial (duas variáveis binárias)</li> <li>-Constituição Judicial (funções judiciais descritas no constituição)</li> </ul>	Finlândia, Espanha, Singapura e Taiwan

Fonte: GRAHAM, Benjamin; MILLER, Michael; STROM, Kaare. Safeguarding democracy: powersharing and democratic survival. *American Political Science Review*. 2020.

Nesta cadência, observa-se que, enquanto modelo de política de salvaguarda da democracia, os indicadores de partilha de poder restritivos são os únicos capazes de limitar ameaças de governo com características autoritárias e de garantir que nenhum grupo, e idealmente nenhum cidadão, sofra políticas seriamente prejudiciais aos seus interesses.

### 3. À GUIA DE CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, este ensaio buscou destacar quais são os principais mecanismos causais que explicam a conjuntura de crise no modelo de democracia representativa atual e a forma pela qual essas transformações tendem a desintegrar pressupostos fundamentais desse sistema. Com efeito, tem-se como escopo a expansão do conhecimento dos principais fatores desse fenômeno na comunidade acadêmica, a fim de ampliar as suas discussões para apontar caminhos alternativos na manutenção de seus valores básicos que emergiram nos últimos séculos.

Insta salientar alguns dos pressupostos essenciais que necessitam ser defendidos no combate aos sobreditos fatores de corroem a democracia moderna. Os cientistas Graham, Miller e Strom<sup>40</sup>, por exemplo, defendem que as instituições de compartilhamento de poder restritivas, a exemplo das instituições de freios e contrapesos do Brasil, as quais amortecem as tentativas mais extremadas de uso do poder político, são as únicas capazes de salvaguardar a sobrevivência das democracias. Nesse aspecto, os autores defendem a necessidade de fortalecimento das instituições limitadoras das atuações dos líderes, da independência do poder judiciário e na proteção constitucional de direitos individuais e coletivos.

Por sua vez, Daron Acemoglu e James Robinson<sup>41</sup> entendem que a conquista da liberdade só se perfaz em Estados com instituições fortes e cidadãos participativos. Ambos teorizam que a sombra das tiranias e de governos despóticos são combatidos por meio do equilíbrio de um corredor estreito, no qual existe uma relação saudável de cooperação e competição entre o Estado nacional e os cidadãos. De forma similar, mas com ênfase no papel da cidadania, Calhoun, Gaonkar e Taylor<sup>42</sup> defendem que a degeneração democrática se perfaz à medida que o desempoderamento dos cidadãos, a falta de solidariedade inclusiva e a intensa polarização na política são ampliados.

---

40 GRAHAM, Benjamin; MILLER, Michael; STROM, Kaaren. Safeguarding democracy: powersharing and democratic survival. *American Political Science Review*. 2020

41 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *The Narrow Corridor*. New York. Penguin Express.. 2019

42 GRAHAM, Benjamin; MILLER, Michael; STROM, Kaaren. Safeguarding democracy: powersharing and democratic survival. *American Political Science Review*. 2020

Nesse sentido, propõe-se uma renovação do projeto de democracia, no qual o seu ponto central se desenvolve na esfera pública do controle social, em que políticas de inclusão e direitos humanos são fortalecidos. No caso brasileiro, o cientista Sérgio Abranches<sup>43</sup> revela que as contínuas mudanças legais, sobretudo as extensas Emendas à Constituição, não são suficientes para resolver os nossos problemas estruturais de incentivos patronas e clientelistas. Em verdade, o autor sugere uma nova Assembleia Reconstituente, por meio da qual a nova construção política rompa o arraigado cerco oligárquico e permita o realinhamento partidário com a força política da comunidade cívica. Dessa forma, o autor argumenta que o modelo de democracia brasileiro poderá ser fortalecido para enfrentar os novos desafios que a conjuntura política atravessa.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro; LOTTA, Gabriela. *A Democracia Equilibrista. Políticos e Burocratas no Brasil*. São Paulo. Ed. Companhia das Letras. São Paulo, 2022

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2017

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. Em *Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2019.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *The Narrow Corridor*. New York. Penguin Express.. 2019.

BYUNG-CHUL, H. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Tradução de Gabriel S. Philipson. – Petrópolis-RJ. Ed. Vozes, 2022.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

---

43 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo, SP: Companhia das Letras. 2017

CALHOUN, Craig; GAONKAR Dilip; TAYLOR, Charles. *Degenerations of Democracy*, Harvard University Express. Massachusetts, 2022.

CARAMANI, Danielle. Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms of Political Representation and Their Critique to Party Government. *American Political Science Review*, 111, 1, 54–67, 2017.

DAHL, Robert. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997.

DAHL, Robert. *Sobre A Democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DAHL, Robert. *A Democracia e Seus Críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

GRAHAM, Benjamin; MILLER, Michael; STROM, Kaare. Safeguarding democracy: powersharing and democratic survival. *American Political Science Review*. 2020.

GURIEV, Sergei; PAPAIOANNOU, Elias. The political economy of populism. *Journal of economic Literature*, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as Democracias Morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 272 p. 2018.

LOUGHLIN, Martin. The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 39, No. 2, pp. 435–454, 2019.

MANIN, Bernard. A democracia do público reconsiderada. *Novos estudos CEBRAP*, novembro de 2013, 115–27. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0101-33002013000300008>. Acesso em 20 de maio de 2023.

MANJIKIAN, Mary. From Global Village to Virtual Battlespace: The Colonizing of the Internet and the Extension of Realpolitik. *International Studies Quarterly*, vol. 54, no. 2: 381–401, 2010,

PAIVA, Maria Clara. O que é a abstenção no processo eleitoral? Politize!, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/o-que-e-a-abstencao-no-processo-eleitoral/>. Acesso em 22 de maio de 2023.

PRZEWORSKI, Adam. *Crisis of Democracy*. Cambridge University Press, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Toward a Multicultural Conception of Human Rights. *Zeitschrift fur Rechtssoziologie*, 18(1), 1-15, 1997.

SARTORI, Giovanni. *Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura: 1965.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Ed. Zahar. Rio de Janeiro, 1982.

SINGER, André; ARAÚJO, Cícero; BELINELLI, Leonardo. *Estado e Democracia: Uma Introdução ao Estudo da Política*. Ed. Zahar, 1ª ed., Rio de Janeiro, 2021.

SMEETS, Max, SHIRES, James. *Contesting Cyber*. New York, *New America Org* 2017.

SVOLIK, Milan. Polarization versus Democracy. *Journal of Democracy* 30(3): 20-32, 2019.

SVOLIK, Milan. When Polarization Trumps Civic Virtue: Partisan Conflict and the Subversion of Democracy by Incumbents. *Quarterly Journal of Political Science* 15(1): 3-31, 2020.

URBINATI, Nadia. *Me, The People. How Populism Transforms Democracy*. Harvard University Press. London, 2019.





# FEDERAÇÃO PARTIDÁRIA E SEUS REFLEXOS NA CONJUNTURA POLÍTICA NACIONAL

## PARTY FEDERATION AND ITS REFLECTIONS ON THE NATIONAL POLITICAL CONJUNCTURE

Sandro Martins Correia\*

Rogério Carlos Born\*\*

### RESUMO

O referido artigo abrange em sua temática as federações partidárias no Brasil (Lei 14.208/2021). Embasado no pressuposto, onde os partidos políticos comportamentalmente adotam fundamentados na obtenção da estabilidade organizativa Panebianco<sup>3</sup>, apresentar-se-á fases nas quais os objetivos vem se solidificando, partindo da promulgação da lei e finalizando no funcionamento parlamentar. Em linhas gerais, apresentamos os “cases” do Chile e do Uruguai no âmbito comparativo. E em sua finalização, se analisará as composições regionais e federais, bem como a representatividade legislativa dos partidos que já formalizaram federações no pleito de 2022. Nesse diapasão, será formulado, como argumento, a interferência dos aspectos eleitorais, bem como as tendências políticas na adoção ou não das federações em nosso modelo político-partidário. Como intuito e objetivo será exposto academicamente o vínculo entre a estabilidade das estruturas organizativas federativas em relação ao cenário político partidário, se houver o atendimento de pretensões e dos interesses eleitorais.

---

\* Graduando em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco, E-mail : sandromartins404@gmail.com

\*\* Doutor e Mestre em direitos fundamentais e democracia. Especialista em Direito e Processo Eleitoral. Graduado em Ciência Política, Direito e Relações Internacionais. Graduando em Jornalismo. Professor Universitário. Autor de diversas obras. Conferencista. E-mail: rcborn@uol.com.br  
3 PANEBIANCO, Angelo. *Modelos de partido: organização e poder nos partidos políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**Palavras-chave:** Atuação unificada; Estabilidade organizativa; Federações Partidárias; Política; Resolução 23.670/2021.

## ABSTRACT

The aforementioned article covers party federations in Brazil in its theme (Law No. 14.208/2021). Based on the assumption, where political parties adopt behaviorally based on obtaining organizational stability, phases will be presented in which the objectives have been solidifying, in this tuning fork starting from the enactment of the law and ending in parliamentary functioning. In general terms, we will present the “cases” of Chile and Uruguay in the comparative context. And in its conclusion, it will be analyzed the regional and federal compositions, as well as the legislative representation of the parties that have already formalized federations in the 2022 election. political trends in the adoption or not of federations in our party-political model. As an aim and objective, the link between the stability of the federative organizational structures in relation to the political party scenario will be exposed academically, if the pretensions and electoral interests are met.

**Keywords:** Unified action; Organizational stability; Party Federations; Policy; Resolution 23.670/2021.

## INTRODUÇÃO

No Brasil e ao longo de sua existência, as instituições partidárias se fazem presentes já há bastante tempo. No decorrer dos séculos, vários formatos e moldes perfizeram a estrutura partidária de sistema político brasileiro. Entretanto, o multipartidarismo, nos moldes atuais, é concebido posteriormente aos governos militares e após Constituição de 1988. Fernando de Magalhães Papaterra Limongi<sup>4</sup> trouxe o conceito de “presidencialismo de coalizão”, criado no decorrer da redemocratização, para explicar a legitimidade da peculiaridade do sistema político brasileiro. Com a edição da atual Constituição, ocorreram mudanças significativas na estrutura partidária que trouxeram uma nova face ao sistema político brasileiro.

4 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. **Poder de agenda na democracia brasileira: desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário.** In: Reforma política: lições da história recente. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

Porém, essa mudança de paradigma evolução do sistema motivou o florescimento de novas legendas e a multiplicidade de partidos provocou uma dispersão nos votos, enfraquecendo a instituição partidária e seus candidatos. Cabe ressaltar, que o Tribunal Superior Eleitoral registra 31 partidos no Brasil, das mais variadas tendências ideológicas e pautas sociais e econômicas. O registro de futuras legendas depende da obtenção de autorização pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o que envolve o cumprimento de uma série de requisitos elencados na Constituição (artigo 17, § 2º), regulamentado pela Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos) e normatizado pela Resolução 23.571/2018. Mesmo com inúmeras exigências, há mais 77 agremiações partidárias estão em processo de formação.

Esta inflação partidária motivou que os partidos formassem coligações para a conquista de um maior número de votos na eleição e o aumento do tempo no horário eleitoral de rádio e televisão e a gestão dos fundos de campanha. Ao longo dos anos as coligações partidárias estiveram muito presentes no sistema eleitoral até que foram extintas para as eleições proporcionais em 2017 e, apesar da manutenção no sistema majoritário, o sistema partidário ficou propenso às fragmentações.

As federações partidárias foram instituídas pela Lei 14.208, de 17 de setembro de 2021, como uma nova estrutura organizacional a partir da associação com personalidade jurídica de partidos para atuação nos pleitos eleitorais por, pelo menos, nos quatro anos seguintes a sua formalização. Um aspecto relevante nessa união é que a entidade deve agir no Parlamento como uma bancada única. O intuito desse artigo será abordar a importância das federações partidárias dentro do sistema partidário brasileiro sobre a ótica da legislação eleitoral. Por meio dos objetivos específicos, pretende-se explicar o funcionamento do presidencialismo de coalizão no período após a Constituição de 1988, bem como o impacto das federações no arranjo desse sistema. Ademais, ir-se-á descrever as características do sistema partidário após a Constituição, bem como compreender as relações entre o partidarismo e as instituições políticas. Nesse ínterim, buscar-se-á por meio de estudos teóricos ressaltar a relevância do tema, não somente para a sociedade brasileira, mas na ótica do impacto estrutural em nossa política partidária.

## 2. AS FASES COMPREENSIVAS DO MODELO POLÍTICO PARTIDÁRIO DAS FEDERAÇÕES NA CONJUNTURA NACIONAL

No âmbito histórico e eleitoral, o marco inicial do partidarismo no Brasil remonta ao Código Eleitoral de 1932, onde houve o reconhecimento dos partidos políticos como instituições com personalidade jurídica<sup>5</sup>. O contexto da época foi promissor por ser um período ameno, menos impositivo no tangente à legalidade e às atividades políticas. No Brasil da década de 1930, a estrutura organizacional imperava sem regulamentação e qualquer instituição com mais de quinhentos eleitores possuía a capacidade de lançar candidatos, fiscalizar o pleito e mesmo nomear delegados. Era possível vislumbrar, nessa edição do Código Eleitoral, pelo artigo 100, que a natureza desses aspectos estruturais fica bem claros em relação à atuação político-partidária e eleitoral do período.

Porém, cinco anos após a promulgação do Código Eleitoral de 1932, viu-se a necessidade de uma melhor regulamentação legislativa das entidades partidárias. O Decreto-Lei 37/1937 fixou a “proibição de constituição, ‘até a promulgação de lei eleitoral’, de qualquer organização ‘com propósito próximo ou remoto de transformá-la em instrumento de propaganda de ideias políticas’<sup>6</sup>”.

A partir deste ponto, vestidos com o manto da legalidade, a composição dos partidos políticos foi vista sob a ótica do “preconceito teleológico”, vinculando-os à obediência e a assimilação de determinados objetivos. Atualmente, na legislação partidária vigente é aduzida a “consecução de determinados fins”. Nesse sentido, o conceito legal vigente diz que “o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (Lei 9.096/1995, artigo 1º).

Com isso, toda e qualquer atuação e/ou atividade que fuja do escopo legal irá gerar não somente desconfiança, mas ques-

5 FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1948, p. 125

6 GRESTA, Roberta Maia. **Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos eletivos a partir da perspectiva da cidadania**. 2019. 501 f. Tese (Doutorado em Direito Político) - Programa de Pós-Graduação em Direito Político, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 220–221.

tionamentos em relação a legitimidade jurídica. Nesse diapasão, contestações legais sobre atos partidários ou mesmo arranjos corroboraram para o êxito existencial das organizações e, nessa ótica, a Lei 14.208/2021 abdica-se do escopo estrutural das federações partidárias e se foca apenas em algumas diretrizes organizacionais, nada mais além disso.

Contudo, com base nesse escopo legal, o Direito, quase um século após as primeiras citações legislativas em relação aos entes partidários, pode corroborar para o progresso organizacional dos partidos. Mesmo com algumas dificuldades já suplantadas, de aspecto formal, para a adequação jurídica das Federações é possível um acompanhamento em relação a concretização destas, bem como o modo de atuação no campo eleitoral e no cotidiano parlamentar.

## **2.1 PREVISÃO LEGAL**

A Lei 14.208/2021, que institui as federações de partidos políticos, é passível de compreensão a partir do que Angelo Panebianco conceitua como “articulação dos fins”<sup>7</sup>, que versa sobre a seguridade e a estabilidade organizacional, principalmente em relação aos pequenos partidos.

O Projeto de Lei de 2015 que propôs o modelo de federações partidárias na Câmara dos Deputados foi apresentado em momento em que ainda existiam as coligações proporcionais, o financiamento eleitoral de pessoas jurídicas e a possibilidade de lançar proporcionalmente candidatos em até 150% das vagas disputadas. Neste momento, inexistia o Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, a cláusula de desempenho, bem como a obrigatoriedade de recursos orçamentários para afrodescendentes e mulheres. Mesmo assim, em um esforço legislativo, a Câmara dos Deputados, de forma célere, promulgou o texto, sem emendas criando inúmeras dificuldades organizacionais das federações no presente contexto.

O ente motivador para tal mobilização foi a cláusula de desempenho que, após 2023 garantiria recursos apenas aos partidos

<sup>7</sup> Sobre a articulação dos fins: “A relação entre os objetivos [oficiais] e os comportamentos [organizativos] nunca se rompe totalmente, mas atenua-se: a coerência entre os comportamentos do partido e os seus objetivos oficiais será constantemente reafirmada pelos líderes, mas dentre as muitas estratégias consideradas viáveis para a obtenção dos objetivos oficiais serão selecionadas somente aquelas. (PANEBIANCO, Angelo. Modelos de partido: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.32).

com mais de 2% dos votos válidos à Câmara dos Deputados. Isso sem contar que o desempenho exigia que, “nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas” (Emenda Constitucional 97/2017, artigo 3º, parágrafo único, II).

No entanto, Fernando Gaspar Neisser aduz que as federações são um oxigênio a mais para as pequenas legendas em sua luta pela sobrevivência. Questiona Neisser que “impossibilitados de manter plena autonomia – o que as coligações proporcionais trariam -, os partidos pequenos concordaram em reduzi-la, ingressando em federações?<sup>8</sup>”, ou seja, na visão partidária, os fins justificam os meios e, assim, o novo formato assegura estabilidade, mesmo que se precise sintonizar um discurso unitário para a manutenção do ambiente democrático e pluripartidário com uma dependência exclusiva de identidades próprias e independentes.

Assim, se o discurso dos partidos e seus líderes têm como objetivos atender a interesses institucionais não se pode deixar de citar a desarmonia entre a lei promulgada e o contexto elaborativo desta, que representam desafios na implementação das federações no atual arranjo político partidário.

## **2.2 A CONSTITUCIONALIDADE DAS FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS**

A Lei das Federações Partidárias foi submetida ao controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), em Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>9</sup>. O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), no peticionamento, indagava que a lei:

autoriza que se “celebre uma dissimulada coligação nas eleições proporcionais”;  
 subverte o sistema partidário, “porquanto enfraquece e amesquinha a função precípua dos partidos políticos” de agir como “corpos intermediários essenciais entre o conjunto de eleitores e o estado”; e  
 permite uma “união de partidos que transferem sua

8 NEISSER, Fernando Gaspar. O STF e as especulações sobre o futuro das federações partidárias. **Boletim Abradep**, n. 3, 2022. Disponível em: <<https://abradep.org/producao-academica/boletim-abradep/>>. Acesso em 10 set. 2022.

9 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021. Relator ministro Roberto Barroso. Diário da Justiça, Brasília, 8 dez. 2021.

representatividade política para um centro denominado “federação”, gerando um efeito que a Constituição, taxativamente, reconheceu à fusão, à incorporação e, excepcionalmente, à coligação majoritária.<sup>10</sup>

O questionamento realizado no Supremo Tribunal Federal (STF), em conformidade com Angelo Panebianco<sup>11</sup>, era aduzido aos “preconceitos sociológico e teleológico”, ou seja, o questionamento estava alicerçado no princípio de que as federações partidárias feriram a Constituição por simplificar a atuação partidária, no tanto a canalização dos interesses sociais e por não ser previsto no texto constitucional.

Entretanto, o STF não considerou a argumentação do impetrante e o Pleno acatou a decisão liminar emitida pelo ministro Roberto Barroso na qual foi reconhecida consideráveis diferenças entre as coligações proporcionais e as federações, em especial, na exigência de um mínimo de quatro anos de duração destas, além do funcionamento conjunto dos partidos que compõem a federação (Lei 9.096/1995, artigo 11-A, §§ 1º e 3º, II). Assim, ficou consignado no acórdão por conveniência e oportunidade que “de natureza política, não cabe ao Poder Judiciário<sup>12</sup>”.

A inconstitucionalidade do texto se restringiu ao prazo fixado para a composição das federações, haja vista que coincide com a data-limite para a celebração de coligações em 5 de agosto do ano eleitoral (Lei 9.096/1995, art. 11-A, § 3º, III).

Para o relator,

existe, porém, um problema de quebra de isonomia no tratamento diferenciado dado à federação partidária no que diz respeito ao seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Partidos políticos têm de fazê-lo até 6 (seis) meses antes das eleições (Lei no 9.504/1997, art. 4o), sendo que, em relação à federação, a lei ora impugnada estende esse prazo até a data final do período de realização das convenções partidárias. Trata-se de uma desequiparação que não se justifica e que pode dar à federação indevida vantagem competitiva.<sup>13</sup>

---

10 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021.

11 PANEBIANCO, Angelo. Modelos de partido: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.45.

12 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021.

13 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021.

A previsibilidade legal em relação à formalização das federações permite verificar, no tangente às estratégias organizacionais partidárias, que o modelo não é inconstitucional. Para a Corte, o legislador imputou que, ao se deixar a decisão aos partidos em ano eleitoral, a opção entre uma ou outra forma, a federação não se caracterizaria como uma ferramenta para burlar o pleito da organização partidária.

Entretanto, no atual contexto político, diferente das intenções preliminares do Congresso, faz-se essencial avaliar o encaixe das federações partidárias no cenário vigente. Atualmente, após a exclusão das coligações partidárias do ordenamento jurídico, tornar-se-ia inconstitucional pelo STF o retorno destas, visto que a configuração das federações produz efeitos similares às coligações. A lei ao dispor que se aplica às federações regras eleitorais relativas às instituições partidárias, interpreta igualmente os atores do xadrez político (partidos e federações). E desta forma, os prazos constitucionais devem ser rigorosamente seguidos em relação à participação no pleito eleitoral.

Na liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade, essa foi a compreensão, porém, o STF concedeu aos partidos, nesse primeiro momento, o direito de experimentar a nova modelagem, permitindo que participem do processo eleitoral de 2022 as federações que foram devidamente constituídas até 31 de maio do vigente ano. O objetivo dessa decisão, nada mais foi que um esforço em acomodar interesses, pois, ao se dilatar os prazos formacionais das federações, sem que houvesse rompimento de prazos temporais do calendário eleitoral, os atores envolvidos apaziguaram seus receios. Diante disto, o que se fez foi uma excepcionalidade, ajustada e suficiente para não impactar nas fases do procedimento eleitoral.

### **2.3 A REGULAÇÃO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Apesar de o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) enfrentar constantes críticas em relação a sua função reguladora por supostamente exercer as competência do Poder Legislativo, a edição de resoluções para fiel execução das leis eleitorais são parte do escopo funcional e administrativo da Justiça Eleitoral<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Essa previsão contrapõe-se à expectativa de algumas agremiações de que fosse mais fácil, no futuro, extinguir o arranjo. Isso, porém, era incompatível com o modelo legal (e que foi considerado constitucional

No tangente à matéria partidária, o TSE “expediu instruções para a fiel execução desta Lei” (Lei 9.096/1995, art. 61). Em relação às federações e suas especificidades, numa visão direta, conclui-se não ser possível de torná-las, sem a edição de uma resolução, um instituto operacional. De acordo com Gresta<sup>15</sup>, as brechas legais deixadas pelo Congresso, em sua econômica redação abrindo muitos precedentes que podem inviabilizar concretamente o modelo.

A Resolução 23.670/2021 foi necessária para suprir esses espaços legais, sem antes coletar as opiniões com unidades técnicas, partidos e outros atores do processo eleitoral. A normativa, além de esclarecer pontos obscuros da legislação, no tangente à interpretação, organização e compatibilização em relação ao processo e aos partidos, trata igualmente de pontos essenciais em relação à participação eleitoral. Por ser matéria de competência da Justiça Eleitoral, não há regras em relação à atuação parlamentar.

Já, em relação ao aspecto organizacional, a resolução esclarece que, em sua forma jurídica, e por ser a única modalidade do Código Civil aplicável ao modelo, o formato deve ser o associativo. É notável que não se trata de uma abdicação de requisitos com o intuito de adquirir a prévia personalidade jurídica porque o artigo 11-A, da Lei 9.096/1995 cita o registro federativo perante o TSE somente após a constituição jurídica, ficando claro sob esse aspecto que ao ser regida por meio de estatutos e disposições regulamentares próprias.

Assim, as federações, com o deferimento do registro, funcionam como agremiações de partidos, ressaltando a individualidade da identificação partidária, além de sua autonomia (integrantes), conforme a Lei 9.096/1995 (artigo 11-A, *caput* e § 2º). A compreensão da disposição citada exige conceituar a atuação unificada e sua compatibilização foi baliza para equacionar inerentes questões práticas do funcionamento federativo.

A unificação da atuação acarreta um desempenho conjunto em relação aos partidos agremiados, bem como a absorção de

---

pelo STF), em que a federação se apresenta como organização mais perene, havendo sanções severas para a hipótese de desligamento precoce (Lei no 9.096/1995, art. 11-A, §4º). Ademais, a personalidade jurídica é necessária do ponto de vista funcional, considerando que será necessário que a federação tenha CNPJ próprio, para que possa movimentar recursos e praticar atos regularmente.

15 GRESTA, Roberta Maia. **Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos eletivos a partir da perspectiva da cidadania**. 2019. 501 f. Tese (Doutorado em Direito Político) - Programa de Pós-Graduação em Direito Político, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

prerrogativas e de deveres dos federados após a formalização do deferimento de registro no TSE, conforme com a Resolução 23.670/2021 (artigo 4º, §1º). Por ser um pacto livre entre partidos, sua formalização somente é possível em decorrência da autonomia partidária. Sob essa ótica, salienta-se que apenas diretórios nacionais dos entes partidários conseguem deliberar em relação à legitimidade do ingresso na federação. Nesse diapasão, é impeditivo a nível regional, municipal ou distrital as recusas em relação a seus efeitos regionais.

No tangente aos efeitos produzidos, a Resolução 23.670/2021 estabeleceu que, para intuito aferitivo das cláusulas de desempenho e sua previsibilidade pelo artigo 17, § 3º, da Constituição, considera-se a soma de votos e de representatividade partidária das entidades que compõem a federação. Importante salientar que o impacto ocorre na legislatura seguinte da formação da federação, objetivando que os duodécimos do Fundo Partidário, em curso, não sejam afetados.

Assim, mesmo que seja considerada para atingimento da cláusula de desempenho da federação, a distribuição dos recursos sempre será alicerçada na representatividade de cada partido, o que impacta nos valores do fundo e no tempo de propaganda partidária. Os repasses serão distribuídos aos partidos e não os impede de efetuar gastos em nome da federação. Outro aspecto importante é que a prestação de contas será do partido, devendo o mesmo em relação a federação, indicar as despesas realizadas em prol da agremiação federativa. A extração de tais regras ocorre pela interpretação do artigo 17, *caput*, II e § 3º da Constituição, ao estabelecer além das prerrogativas os deveres partidários não referenciados na Lei 14.208/2021.

Sob essa ótica organizacional, vislumbra-se que a autonomia partidária, diferentemente da organização e/ou fusão, confere uma clara distinção para a estrutura organizativa das federações. Nessa tangente, conserva-se pelo ente partidário (i) nome, sigla e número (com o qual concorrerão seus filiados, embora candidatos lançados pela federação); (ii) seu quadro de filiados; e (iii) a responsabilidade por recolhimentos e sanções que lhe sejam impostos por decisão judicial.

O TSE ainda ressalta que a existência de uma federação pode se dar por prazo indeterminado, sendo o lapso temporal

de quatro anos uma obrigação mínima de vigência federativa. É resumidamente um período de tempo ínfimo de obrigatoriedade, suficiente para não intercorrer em sanções ao partido. Entretanto, como norma regulamentar, é permitido extinguir precocemente a associação federativa, sem penalidades em havendo fusão ou incorporação dos partidos federados.

## 2.4 ESTATUTOS FEDERATIVOS

Em relação aos questionamentos das regulações do TSE, no tangente ao embaraçamento relativo às fundações das federações no âmbito público, as lideranças e os atores políticos alegam que a principal barreira relativa às federações partidárias está no consenso, no que tange a questão distributiva do poder, no âmbito federativo.

Talvez o maior desafio, sob esta ótica, é a estrutura organizacional, dado nesse cenário os interesses partidários, suas ambições e por final as eleições como objeto final do processo eleitoral. Muito bem colocado por Humberto Dantas, “a questão é entender, diante de expressivas diversidades regionais, insegurança de membros das legendas e uma série de dúvidas jurídicas, quem se lançaria em algo assim<sup>16</sup>”.

Deste modo, o principal balizador das questões próprias do anseio partidário deverá ser regido pelo Estatuto. E essa organização, legal e organizacional definirá temas relevantes como a composição do órgão diretivo, distribuição de poder, obrigações recíprocas entre os partidos integrantes, repasses de recursos e critérios para a composição de listas proporcionais. Aspectos estes inerentes a autonomia partidária e no caso do TSE apenas uma avaliação da legalidade das normas e de sua constitucionalidade.

Interessante citar que o PSOL e a REDE Sustentabilidade, ao longo de suas tratativas e em seu estatuto criaram uma “cláusula de infidelidade” no qual não puniram membros que negassem apoio a candidatos da federação. Na redação do artigo e no seu uso prático, tal medida objetivava evitar antigas querelas entre ex-membro do PT com filiados das REDE-PSOL, no caso de se haver uma coligação onde o cabeça de chave fosse o ex-presidente Luiz Inácio Lula da

<sup>16</sup> DANTAS, Humberto. Federações partidárias: o que sabemos, calculamos e desconhecemos. **Brasil em foco**, s. l., n. 2, 2022.

Silva. Numa análise preliminar, poderíamos interpretar como uma renúncia disciplinar, contudo, em não havendo confronto com os estatutos e com a norma eleitoral caberia tal disposição.

Além do exposto, o pacto federativo entre o Psol e a REDE estabelece poder de veto em relação a alianças partidárias da base de apoio. Com isso, se teria acomodação nos interesses eleitorais de 2022, só possível com um prévio acordo estatutário, visando estabilidade organizacional. E sob a batuta, os acordos relativos a determinados Estados, Regiões e Cargos devem ser pactuados antecipadamente. Nesse diapasão, o imperativo é o poder negocial e as acomodações regionais com o intuito pacificar os interesses partidários e pessoais dos “caciques” de cada partido.

## **2.5 O FUNCIONAMENTO**

A Lei 14.208/2021 objetivava dois aspectos básicos, o primeiro, de reduzir o número de partidos no Congresso, porém sem matar os pequenos partidos no Congresso. Não havia sob essa ótica, o desejo de reconhecer as federações como atores eleitorais. Havia igualmente a possibilidade de as federações serem criadas após as eleições gerais, contudo, com início de atuação no pleito seguinte. Assim os partidos federados poderiam a cada eleição lançar seus candidatos, ou seja uma brecha organizacional. Uma estruturação sob esse esboço corroboraria para alívio das tensões entre as legendas, pois efetivamente equalizar o desejo político e a nova composição organizacional, sem que houvesse questionamentos.

Contudo, o modelo adotado das federações, conforme a Lei 14.208/2021 atribuiu uma modelagem e funcionamento eleitoral, ou seja, foi aplicado às mesmas regras já instauradas para os partidos individualmente (Lei 9.096/1995, artigo 11-A, § 8º; Lei 9.504/1997, artigo 6º-A). Sob esse arcabouço houve desdobramentos em todas as instruções eleitorais do TSE e, por ser ampla a matéria, optou-se por mensurar apenas os fatores mais críticos e, resumidamente, é inerente a atuação unificada, pois como exposto a federação possui caráter nacional, irradiando em todas as esferas nacionais seus efeitos.

No entanto, não se pode confundir a federação com a verticalização de coligações, vedada pelo artigo 17, da Constituição. A

verticalização pressupõe um papel primordial dos entes partidários das esferas regionais, no tangente a celebração das coligações, porém limitada as alianças, e a seu leque partidário aos integrantes das coligações nas eleições presidenciais.

Ao contrário das coligações, a unificação federativa em todos os níveis decorre juridicamente do deferimento do registro. E nesse diapasão, os atos partidários dos entes federados serão considerados atos da Federação, sendo uma prerrogativa do instituto federativo. E nessa tangente, por assumirem contornos próprios, as uniões estaduais podem conflitar com a união nacional, o que provocará impasses no pragmatismo político de muitos partidos.

Em termos práticos, pode-se exemplificar o fato da necessidade de uma convenção única na escolha dos candidatos e na escolha das coligações majoritárias. Diante disto, a lista de candidaturas proporcionais em nome da federação será apresentada, bem como, tecnicamente dever-se-á ter um acesso em nome da Federação, no CANDex que é o sistema de candidaturas, por meio de login (ID) em nome da mesma. Nesse âmbito, divergências partidárias acarretarão para os partidos A, B ou C o direito de uso de uma chave para a Federação onde integram. E sob esta problemática, o próprio sistema verificará as divergências e decidirá quais candidaturas ou não serão acatadas e validadas para a Federação.

Já em relação às listas eleitorais proporcionais, há um grande desafio. Em conformidade com a lei eleitoral (Lei 9.504/1997, artigo 10), a partir de 2022 o número máximo de candidaturas deve equivaler a 100% dos assentos em disputa. Outrossim, exige-se além desse quesito, um percentual mínimo de 30% relativo a candidatas femininas, não só a nível global, mas igualmente a nível partidário (Resolução 23.609/2019, art. 17, § 4º - A). A última normativa tem o intuito de evitar excesso de candidaturas nos partidos menores e pouco relevantes, até porque o repasse de recursos do Fundo Especial de Financiamentos de Campanha para essas legendas é menor. Essa medida evita, assim, a drástica redução no volume de recursos relativos às mulheres.

Já no âmbito do funcionamento parlamentar, em síntese é onde se colocará em teste a praticidade ou não das federações, relativo à estabilidade organizacional das legendas políticas, e a atuação unificada dos membros da federação no Congresso (Lei 9.096/1995,

art. 11-A, § 1º). É nessa etapa onde poder-se-á observar a “articulação de fins” exposto por Angelo Panebianco<sup>17</sup>: os “objetivos oficiais” (descritos no programa da federação) seriam “traduzidos em exigências organizativas”, processo no qual, sem que necessariamente se chegue a perder a “identidade coletiva”, os parlamentares terão que conciliar “objetivos implícitos, contraditórios”.

Sob esse mecanismo estrutural, exemplificando, a composição das mesas diretoras das comissões será visualizada de forma que a federação conte como se fosse um partido único. Um aspecto interessante para legendas pequenas ao contrário dos grandes partidos que estrategicamente perdem.

Em decorrência de uma unificação nos trabalhos parlamentares, disciplinados pelo poder sobre os candidatos eleitos, haverá pelos partidos federados em se considerando estatuto, programas e suas normativas o acatamento das deliberações. As orientações do colegiado deverão ser obedecidas, mesmo sendo voto vencido em relação às legendas, cabendo assim o cumprimento pelos filiados. E no caso do não cumprimento, quais as sanções? Nesse aspecto, se não houver nos estatutos menção, abre-se flancos, até porque a Lei 14.208/2021 não deixa claro a questão das sanções e de quem é a obrigação.

A lei nesse aspecto aduz que sobre as federações partidárias no que tange a fidelidade e suas nuances “perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, de partido que integra federação” (Lei 9.096/1995, art. 11-A, §§ 1º e 9º). Nesse diapasão, pode-se contra argumentar em não havendo vínculo entre a federação e seus filiados, onde se alcança a pretensão? E nesse questionamento, a lembrança deve ser rememorada, o texto foi redigido em 2015 – e sob essa égide cabe igualmente lembrar que nesse ano foi promulgada a Lei 13.165, que introduziu o art. 22-A na Lei 9.096/1995, inserindo no corpo da Lei dos Partidos Políticos previsibilidade de haver a perda do mandato para o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. Sob essa feita, o intuito foi preservar o paralelismo no âmbito do federalismo.

Por fim, é inerente salientar que muitos destes aspectos não estão coadunados na esfera federal, pois há uma replicação isonômica no âmbito estadual, municipal e distrital.

17 PANEBIANCO, Angelo; Op. Cit, p. 31-32.

## 2.6 DIREITO COMPARADO

No cenário político, mesmo sendo algo novo no Brasil, o modelo já é adotado em outros países, mesmo que com outros nomes e ou similaridades. E no cenário político da América do Sul, pode-se mencionar o Chile e o Uruguai como exemplos vivos do modelo federativo. Até porque o modelo implantado nessas duas repúblicas é um dos principais argumentos dos defensores dessa estrutura no Brasil, pelo seu sucesso e pelo tempo de perpetuação no sistema parlamentar destas duas nações. Nesse aspecto, e com base em suas particularidades e impactos, jurídicos ou não, torna-se esses dois casos como exemplos para o presente artigo.

Em termos de consolidação, o Uruguai é o mais antigo no que tange a esse tipo de agrupamento partidário. Na estrutura uruguaia, permitir-se-á uma união partidária, em coalizões que permitam a participação em eleições, com o lançamento conjunto de candidatos, e com composição estável no parlamento uruguaio. Sob essa égide, e com fim estrutural numa única agremiação. Diferentemente do proposto e vigente em nosso país, essas coalizões permitem e admitem o ingresso de movimentos sociais e políticos, bem como de eleitores de forma autônoma. O princípio uruguaio é que em síntese a coalizão seja um verdadeiro partido político.

Como exemplo, temos a *Frente Amplio*<sup>18</sup>, talvez a coalizão de maior estabilidade política do Uruguai, vigente desde 5 de fevereiro de 1971. Regida por estatuto, como no modelo brasileiro e que rege sobre a estrutura da coligação, principalmente no tangente ao sistema e órgãos de decisão, divisão e estruturação interna e processo de escolha dos candidatos. Nessa composição estrutural, ressalta-se a existência de um Tribunal de Conduta Política, que exerce papel de um Tribunal de Ética, cabendo a estas análises das condutas dos filiados da *Frente Amplio*.

Em seu estatuto, a *Frente Amplio* dá o reconhecimento individual para todas as 34 entidades componentes da agremiação, confirmando assim como no pressuposto federativo, de que não se trata de uma legenda autônoma, e sim de uma entidade jurídica, com personalidade própria composta por vários membros políticos

18 FRENTE AMPLIO. *Estatuto 2011 con con modificaciones propuestas por el Plenario Nacional del 12.06.21 y ratificadas en el VII Congreso Ordinario "5 de febrero de 1971 – 50 años de unidad"*. Santiago, 2021. Disponível em: <<https://www.frenteamplio.uy/documentos-institucionales/item/37-estatutos>>.

ou não, onde o principal objetivo é uma atuação conjunta a nível federal, estadual e municipal, tanto no legislativo como no executivo com maior força e desenvoltura.

Numa análise preliminar e histórica da *Frente Amplio*, é inerente o reconhecimento de sua estabilidade, que com poucas mudanças segue basicamente o mesmo modelo estrutural, denotando assim o sucesso do modelo uruguaio no tangente às federações. Como exemplo de sua força, pode-se salientar que ocupam 10 cadeiras no Parlasul (o Uruguai dispõe de 18 assentos), possuem 42 deputados (a Câmara é formada por 99 assentos), 13 senadores (o Senado é formado por 30 assentos), administram 3 das 19 Intendências e 32 dos 125 municípios.

Cabe ressaltar que, no Uruguai a performance da Frente Amplio proporcionou em 2019 a formação de outra coalizão, no campo político mais à Direita, objetivando a eleição de um presidente que não fosse integrante da Frente Amplio<sup>19</sup>. Movimento este nomeado como *Coalición Multicolor* e reunindo 5 entidades. Porém na prática, funcionou como uma coligação, onde o intuito era focar na eleição do Presidente Luis Alberto Lacalle Pou. Contudo, após as eleições foi dissolvida, e seus membros retornaram ao status anterior, ou seja, de atuação independente.

Já no Chile, o modelo diverge um pouco do Uruguai principalmente no tangente a seu turno. Mas, é perfeitamente possível, no modelo chileno, a criação de coligações estáveis, não só a nível de governo, como a nível de bancadas legislativas, como se fosse uma única legenda, de forma muito similar ao proposto no Brasil e a experiência uruguaia.

Entretanto, no Chile há a possibilidade da integração da coligação, inclusive em relação a coalizões menores. Ou seja, sinteticamente seria uma federação de federações, e que estruturalmente

---

19 O Frente Amplio é composta pelos seguintes movimentos e partidos políticos: Asamblea Uruguay, Baluarte Progresista, Banderas de Liber, Casa Grande, Claveles Rojos, Compromiso Frenteamplista, Confluencia Frenteamplista, Corriente 78, Corriente de Acción y Pensamiento-Libertad, Corriente de Izquierda, Corriente Popular, Corriente Progresista Independiente, Corriente Unidad Frenteamplista (CUF), Frente Izquierda de Liberación (FIDEL), Fuerza Renovadora, Grupo País, Ir -Izquierda con un Nuevo Sentido, Izquierda Abierta, Izquierda en marcha, Liga Federal Frenteamplista, Movimiento 20 de Mayo, Movimiento Cambio Frenteamplista, Movimiento de Participación Popular (MPP), Movimiento Popular Frenteamplista (MPF), Movimiento Socialista, Nuevo Espacio, Partido Socialista de Uruguay, Partido Comunista de Uruguay, Partido de la Seguridad Social, Partido Demócrata Cristiano, Partido Obrero Revolucionario, Partido por la Victoria del Pueblo, Partido Socialista de los Trabajadores e Vertiente Artiguista.

reuniria uma maior quantidade de apoiadores, exigindo desta forma uma afinidade de objetivos e ideais mais sólidos.

No modelo chileno é perceptível, nas entrelinhas, existir uma pequena variedade de ideologias e ou programas partidários. Com isso, as diferenças programáticas dos partidos são reduzidas, por pontos específicos e por meio dos programas partidários, mas em especial atendem a interesses políticos e objetivos locais. Como exemplo pode-se citar *Concertación de Partidos por la Democracia*, ou popularmente *Concertación*. Fundada em 1988, teve seu encerramento de 2013, quando foi dissolvido, chegando a administrar o Chile em 4 oportunidades: Patricio Aylwin (1990-1994), Eduardo Frei (1994-2000), Ricardo Lagos (2000-2006) e Michelle Bachelet (2006-2010). Ao longo de sua existência, a *Concertación* foi composta por diferentes legendas políticas, atuando sempre como uma força única no governo e no parlamento<sup>20</sup>.

Mais recentemente, cabe analisarmos no país andino, a coligação *Apruebo Dignidad*, que acabou elegendo Gabriel Boric como presidente chileno. Sua composição é bem diversificada e engloba não só partidos políticos, mas também movimentos populares e sociais, assim como no Uruguai. Ao se compor esses entes federativos, os principais ganhadores são os movimentos políticos e sociais, que mesmo com êxito eleitoral, enfrentam dificuldades na atuação parlamentar, quer por seu isolamento, quer por suporte de bancada. No exemplo citado do *Apruebo Dignidad* a eleição foi conquistado no pleito de 2021, sem contar com a Presidência da República, além de 37 deputados (a Câmara é formada por 155 assentos) e 4 senadores (o Senado é formado por 50 assentos).

Tanto no Uruguai como no Chile, verifica-se que o modelo de federação partidária obteve sucesso e que existe possibilidade de funcionar como uma saída viável. Na política nacional, essa viabilidade se dá nos dilemas partidários de nossas agremiações, principalmente no número de partidos e como salvaguarda para legendas históricas que podem sofrer crises, corroborando com sua diminuição na Câmara. Contudo, em nosso sistema e histórico político, muito mais formal, é limitado às federações no que tange a adesão de movimentos distintos dos partidários. Isso sem mensurar

20 CHILE. Partidos, movimientos y coaliciones: Concertación de Partidos por la Democracia. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <[https://www.bcn.cl/historiapolitica/partidos\\_politicos/wiki/Concertaci%C3%B3n\\_de\\_Partido\\_por\\_la\\_Democracia](https://www.bcn.cl/historiapolitica/partidos_politicos/wiki/Concertaci%C3%B3n_de_Partido_por_la_Democracia)>. Acesso em 27 mar. 2022.

a complexa estrutura institucional de nossa Federação (União Nacional) que é tripartite, ou seja é composto por órgãos legislativos em âmbito nacional, estadual e municipal – desta forma o método criado pela Lei 14.208/2021 tem barreiras próprias no caso brasileiro e seu êxito dependerá exclusivamente do acomodamento político, dos interesses nacionais e regionais e seus arranjos.

## **2.7 O ARRANJO COMO FATOR DETERMINANTE NAS ELEIÇÕES DE 2022**

Em relação às federações partidárias, tal como se tem divulgado nos meios de comunicação e em outros meios e ambientes, houve contribuições, tanto juridicamente como politicamente para o sucesso dos parâmetros estabelecidos na cláusula de desempenho da Emenda Constitucional 97/2017. Ao lograr esse êxito, das barreiras, acarretará no direito e na possibilidade irrestrita do que está assegurado na legislação, com relação aos partidos. Ou seja, o acesso irrestrito aos grandes montantes dos fundos partidários e igualmente ao valioso tempo de propaganda eleitoral e por fim na sobrevivência partidária.

Esses troféus políticos, vitais para qualquer agremiação política, em nada mais se traduzem na inabilidade de muitas agremiações produzirem bancadas expressivas, em especial na Câmara dos Deputados. E nessa tangente a constituição de federações, além dos benefícios já descritos corroboraria para a relevância das legendas no espectro político.

Porém, para um olhar apressado, a realizada não é tão cartesiana. Nesse panorama, deve-se analisar, se a busca por uma união de interesses, ideologias e forças com o intuito de garantir o êxito eleitoral e o futuro da legenda, no tangente aos padrões previstos em relação ao desempenho eleitoral previsto na Constituição Federal, será efetivamente um motor propulsor capaz de estimular a criação das federações partidárias.

Em suma, são fatores necessários à sobrevivência dos partidos a afinidade ideológica para alicerçar agremiações sob o título de federações com afinidades a longo prazo, como arquitetados pela legislação? Em se analisando nosso cenário político, podemos extrair informações relevantes e que podem ajudar a tecer respostas

a essa indagação.

O primeiro fator a ser considerado e que deve ser mensurado é o aspecto inerente que mesmo sendo uma união de partidos com interesses ideológicos congruentes, e que num espectro futuro pode gerar uniões e incorporações, ainda não há na filosofia partidária nacional o desejo de ceder privilégios, forças e poderes, sendo refutado unanimemente entre os componentes.

Ou seja, em aspecto pragmático, há um *mis-en-scène*, onde muitas legendas até gostariam de federar-se, mas, somente enquanto não houver concessões relevantes. E nisso e sob o espectro negocial, e onde todos querem os bônus sem arcar com os ônus, na vida real da política brasileira, torna-se impossível um alinhamento concreto.

Nesse panorama, nosso modelo federativo corre o risco de repetir o modelo alemão, informalmente e não intencionalmente. No país europeu, é possível uma união federativa, lá nomeada de “União”, com objetivo numa atuação parlamentar unificada, desde que não exista competição dentro dos mesmos estados. Com base nesse pressuposto, é relevante notar que nesses moldes são os partidos que lançam a candidatura e não as federações. E assim o legislador germânico evita a existência de competição *interna corporis* na federação partidária. Pragmaticamente nesse modelo organizacional, a atuação federada se restringe à dinâmica parlamentar<sup>2113</sup>.

Em relação ao modelo alemão, podemos exemplificar o seu sucesso pela hegemonia parlamentar da CDU e do CSU, ambos partidos que possuem um escopo ideológico muito similar e estão agremiados há mais de 60 anos. O vigor desta união rendeu o apelido de “partido-ônibus”, e se distinguem no cenário político alemão por o CSU atuar apenas na Baviera, enquanto que o CDU atua em outros 15 estados alemães<sup>22</sup>.

Com isso, pode-se salientar que as federações no Brasil lograrão êxito e maior chance de sucesso ao se organizarem de maneira a congregar forças locais não conflitantes, onde uma das legendas será a locomotiva. Em resumo, poderíamos expor essa noção estrutural, como uma alocação de interesses regionais, por

21

22 SCHOLESS, Alexandre. Zeitgeist: As diferenças entre CDU e CSU. *Deutsche Welle*. Bonn. 2 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/zeitgeist-as-diferen%C3%A7as-entre-cdu-e-csu/a-36981559>>.

meio de estruturas partidárias regionais, mesmo não existindo em nosso direito. Apesar da inexistência de legendas regionais, em nossa práxis política, é notadamente perceptível em nosso cotidiano eleitoral, pois a difusão eleitoral faz com que a força de muitos partidos e suas estratégias acabem sendo regionalizadas, principalmente em Estados onde o interesse dos membros seja prevaiente.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho objetivou a estabilidade organizacional, bem como seus desafios em relação ao êxito das federações partidárias, findando com intuito a consideração primordial da busca agremiativa na conformidade da Lei 14.208/2021. Por se tratar de uma associação entre entes partidários, onde o objetivo final é e somente é uma unificação em todos os níveis governamentais, ou seja municipal, estadual e federal. Ao se comparar a outros modelos, e em especial aos de Chile e Uruguai, percebe-se maior formalismo e tendo como maior diferenciação em relação aos países vizinhos ser estritamente aplicável, no seu arranjo, aos partidos políticos.

A nível de estudo, foi preciso dividir o artigo em seis etapas, para melhor compreensão e para que o entendimento das etapas organizacionais tivesse plena compreensão. Ao longo do artigo, e do processo eleitoral vigente, sete legendas se uniram em três federações partidárias e atuarão juntas ao longo dos próximos quatro anos. Desta maneira, espera-se que esses acordos partidários tendem a fluir entre agremiações partidárias, onde a distribuição do poder observa a estrutura de prevalência e do contrário os impasses ocorrem entre composições no qual distribuição do poder for alvo de concorrências entre os entes.

Esse ano e praticamente na inserção de um primeiro pleito político com as Federações será possível acompanhar e dimensionar os erros e acertos da nova legislação eleitoral. E com isso ao longo dos próximos 4 anos acompanharemos a atuação eleitoral destas federações, bem como de suas entidades componentes, de modo a avaliar o êxito ou não dessa nova estrutura organizacional. E o principal marco para essa análise será a estabilidade e como os partidos agremiados irão se comportar em relação a intensidade

das articulações políticas e suas nuances pelo poder.

Outrossim, não é descartável novos ajustes no modelo partidário vigente, bem como na arquitetura de novas estruturas congressuais, menos burocráticas e mais ágeis no tangente às relações institucionais entre Legislativo e Executivo, como efeito da implantação do modelo federativo. Contudo, só será possível uma análise mais crítica e palpável, após uma constatação dos níveis de acomodação, relativos a interesses eleitorais e o quão decisivo serão para a formação e funcionamento das federações.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Emenda Constitucional no 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Diário Oficial da União, Brasília, 4 out. 2017. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm)>. acesso em: 21 ago. 2022.

CHILE. Partidos, movimientos y coaliciones: Concertación de Partidos por la Democracia. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <[https://www.bcn.cl/historiapolitica/partidos\\_politicos/wiki/Concertaci%C3%B3n\\_de\\_Partidos\\_por\\_la\\_Democracia](https://www.bcn.cl/historiapolitica/partidos_politicos/wiki/Concertaci%C3%B3n_de_Partidos_por_la_Democracia)>. Acesso em 27 mar. 2022.

DANTAS, Humberto. Federações partidárias: o que sabemos, calculamos e desconhecemos. Brasil em foco, s. I., n. 2, 2022.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. Poder de agenda na democracia brasileira: desempenho do governo no presidencialismo pluripartidário. In: Reforma política: lições da história recente. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa, 1948.

FRENTE AMPLIO. Estatuto 2011 con modificaciones propuestas por el Plenario Nacional del 12.06.21 y ratificadas em ele VII Congreso Ordinario “5 de febrero de 1971 – 50 años de unidad”. Santiago, 2021. Disponível em: <<https://www.frenteamplo.uy/documentos-institucionales/item/37-estatutos>>. Acesso em: 01 set. 2022.

GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral. In: Revista de doutrina e jurisprudência: n. 26 (2012)

GRESTA, Roberta Maia. Federação de partidos políticos: o que muda para 2022? Opinião UOL, 2021. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/abradep/2021/12/15/federacao-de-partidos-politicos-o-que-muda-para-2022.htm>>. Acesso em: 20 ago 2022.

GRESTA, Roberta Maia. Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos eletivos a partir da perspectiva da cidadania. 2019. 501 f. Tese (Doutorado em Direito Político) - Programa de Pós-Graduação em Direito Político, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 220–221.

NEISSER, Fernando Gaspar. O STF e as especulações sobre o futuro das federações partidárias. Boletim ABRADep, n. 3, 2022. Disponível em: <<https://abradep.org/producao-academica/boletim-abradep/>>. Acesso em: 5 set. 2022.

PANEBIANCO, Angelo. Modelos de partido: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO. Petição inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7021. Ajuizada em: 4 nov 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6293255>>. Acesso em: 245 ago 2022.

SCHOLESS, Alexandre. Zeitgeist: As diferenças entre CDU e CSU. Deutsche Welle. Bonn. 2 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/zeitgeist-as-diferen%C3%A7as-entre-cdu-e-csu/a-36981559>>. Acesso em: 24 ago 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Referendo da decisão liminar em: 9 fev 2022 (sem publicação).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7021. Relator ministro Roberto Barroso. Diário da Justiça, Brasília, 8 dez. 2021.



# Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Artigo Não Inédito



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



# **LAS DECISIONES JURISDICCIONALES DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS ELECTORALES EN IBEROAMÉRICA: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO<sup>1</sup>**

## **THE CONSTITUTIONAL JURISDICTIONAL DECISIONS OF THE ELECTORAL BODIES IN IBEROAMERICA: A DIFFICULT BALANCE**

Rafael Rubio Núñez\*  
Universidad Complutense de Madrid  
Rafa.rubio@der.ucm.es

Vitor De Andrade Monteiro  
Universidad Complutense de Madrid

vitordea@ucm.es

### **RESUMEN**

Los organismos electorales garantizan la integridad de las elecciones en todo el mundo. Estos organismos adoptan mayoritariamente naturaleza constitucional: tan to por su inserción entre los poderes del Estado, para garantizar su autonomía dada la trascendencia de su misión que determina los resultados de las elecciones, como por el contenido de sus decisiones que afectan a derechos fundamentales, desarrollados con distinto nivel de detalle en la Constitución. Esta trascendencia constitucional, ha provocado conflictos con otros poderes constitucionales. En su labor, los organismos electorales adoptan medidas que transforman el ordenamiento en el que desarrollan sus actividades, amplían el sentido de la Constitución en su interpretación, observando a los estándares internacionales y buscando efectividad de los derechos políticos. A través del estudio de su lugar y sus decisiones pretendemos confirmar esa naturaleza constitucional y ver hasta qué

---

\* Rubio Núñez, R. y Andrade Monteiro V. de (2022).

Las decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional de los organismos electorales en Iberoamérica: un difícil equilibrio. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 431-454. doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/ajc.26.13>

punto sus decisiones se mueven en un sentido transformador o, por el contrario, se acercaría a un abuso constitucional.

*Palabras-clave:* Derecho electoral; organismos electorales; constitucionalismo transformador.

## ABSTRACT

Electoral bodies guarantee the integrity of elections throughout the world. These bodies mostly adopt a constitutional nature: both because of their insertion among the powers of the State, to guarantee their autonomy given the transcendence of their mission that impacts on the results of the elections, and because of the content of their decisions that affect fundamental rights, developed with different levels of detail in the Constitution. This constitutional transcendence has caused conflicts with other constitutional powers. In their work, the electoral bodies adopt measures that transform the order in which they develop their activities, expand the meaning of the Constitution in its interpretation, shaping it to international standards and seeking effectiveness of political rights. Through the study of their place and their decisions we intend to confirm that constitutional nature and to see to what extent their decisions move in a transformative direction or, on the contrary, it would be close to a constitutional abuse.

*Keywords:* Electoral law; electoral organizations; transformative constitutionalism.

## I. INTRODUCCIÓN

En la construcción de una sociedad democrática, la existencia de elecciones justas, transparentes y que den lugar a mandatos legítimos, es un elemento esencial. Para garantizarlo en la mayoría de los países se otorga a los organismos electorales la difícil tarea de organizar el proceso electoral y resolver eventuales controversias fruto de ese proceso, evitando que vicios o errores en el mismo contaminen sus resultados y reduzcan su credibilidad. Estos organismos adoptan naturaleza y composición diversa en cada sistema electoral, adecuándose a las características históricas, políticas

y jurídicas de cada país. Existe una tendencia creciente a dotar a estos organismos de rango constitucional, insertándolos en el sistema de división de poderes como un poder propio o un poder judicial con autonomía propia.

Las decisiones de los organismos electorales, incluso aunque en ocasiones sean de naturaleza meramente administrativa, tanto por su trascendencia en el reparto de los poderes como por su impacto en los derechos fundamentales tienen trascendencia constitucional. Ante las mismas, en determinados ordenamientos, no cabe ningún tipo de recurso. En ocasiones, estos organismos se ven obligados a cubrir lagunas constitucionales y normativas en un ejercicio amplio de su papel de interpretación, lo que hace que su papel sea cada día más polémico y haya provocado conflictos con otros poderes constitucionales.

Consideramos de interés analizar cómo esta jurisdicción electoral, ejerciendo funciones constitucionales, está adoptando decisiones que muchas veces están a caballo entre la transformación normativa, el activismo judicial y el abuso constitucional. Para hacerlo analizaremos una serie de decisiones adoptadas por los órganos electorales iberoamericanos donde se observa esta tendencia de manera clara y los conflictos que se plantean.

## **II. LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LOS ORGANISMOS ELECTORALES EN LA REGIÓN**

El proceso electoral es un momento central en la democracia. Para garantizar su integridad, en la mayoría de los países se confía su protección a «redes de gobernanza de la gestión electoral» (James, 2020), de las que forman parte principal los organismos electorales, que, tanto en la organización como en la resolución de controversias fruto del proceso, buscan ofrecer garantías suficientes de que el resultado electoral se corresponda con la voluntad del cuerpo electoral. Su diseño y composición estará influido por el contexto cultural, social y político, una vez que esos elementos tienen un fuerte impacto en la efectiva capacidad del sistema para alcanzar sus fines.

Dentro de estas «redes de gobernanza de la gestión electoral» ocupa un papel central la justicia electoral, entendida como

una serie de mecanismos para garantizar el cumplimiento de los principios de elecciones libres, justas y auténticas, y la protección de los derechos político-electorales, fundamental para la legitimidad democrática y la credibilidad de los procesos electorales (IDEA, 2011).

Además de tener un marco normativo adecuado y eficiente, es necesario que el diseño del sistema electoral sirva para garantizar la percepción de fiabilidad del proceso electoral y, en consecuencia, de sus resultados. La percepción de que el proceso electoral está en manos de organismos neutros, imparciales y transparentes favorece la normalidad del proceso electoral y la solución de eventuales conflictos que puedan surgir. Cualquier disfunción en su funcionamiento alimentará el fantasma del fraude electoral al poner en duda la legitimidad del sistema electoral.

La existencia de un marco legal adecuado, que corresponda a las necesidades y características de un país, y el funcionamiento adecuado de una organización electoral consolidada, aunque no garantizan unas elecciones limpias y justas, aumentan las posibilidades de tener resultados legítimos y representaciones más adecuadas. En ese sentido, un adecuado funcionamiento de la justicia electoral garantiza que esta pueda desempeñar efectivamente sus misiones de garantizar que cada acto, procedimiento o resultado electoral fruto de la organización electoral se ajuste al marco normativo (la constitución, la ley, los instrumentos o tratados internacionales y demás normativas jurídicas aplicables), y proteger o restaurar el goce de los derechos electorales.

## **1. LA JUSTICIA ELECTORAL EN LATINOAMÉRICA**

Aunque la tradición de estos órganos en Iberoamérica se remonta a la década de los años veinte del siglo xx (1924, Corte Electoral de Uruguay; 1925, Tribunal Calificador de Elecciones de Chile; 1931 Jurado Nacional de Elecciones de Perú; 1934, Tribunal Superior Electoral de Brasil), los países latinoamericanos durante todo el siglo xx presentan una historia de procesos electorales dudosos y crisis de legitimidad de los gobiernos electos. Estos procesos electorales fueron conducidos durante este periodo por organismos electorales fuertemente influenciados por el Ejecutivo,

lo que daba lugar a diversas maneras de fraude y manipulación de los resultados (Martínez Ruano, 2012: 178).

Dentro de un interés creciente por salvaguardar los procesos electorales de cualquier influencia externa, en especial de los poderes públicos establecidos (legislativo, ejecutivo y judicial), el modelo de justicia electoral independiente se irá implantando por América Latina a lo largo de todo el siglo xx. Desde entonces la existencia de organismos electorales independientes o autónomos, con competencias para tratar de las cuestiones electorales se presenta como un importante factor para la celebración de elecciones auténticas y justas.

Aunque es cierto que no existe un modelo único de justicia electoral, sino que estos son «trajes a la medida que atienden al contexto histórico, político y social de cada nación» (Silis, 2020: 12), la realidad es que la justicia electoral ha desempeñado un papel clave en la consolidación de la democracia latinoamericana. Y ha sido así porque junto a la identificación de irregularidades, su corrección y sanción, su papel, en ocasiones, ha ido más allá, afectando al diseño y a la organización del sistema electoral y a la garantía de la celebración de unas elecciones libres y equilibradas.

## **2. LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS ELECTORALES**

Aunque los organismos electorales adoptan distintas naturalezas y composiciones, el proceso electoral es, en todo caso, un fenómeno jurídico a través del que se expresan los derechos políticos-electorales y se determina la composición del cuerpo político del Estado y, en consecuencia, todo lo que lo rodea tiene relevancia constitucional. «La Justicia Electoral se inserta así entre las garantías constitucionales, orientándose a la preservación de los derechos de participación política» (Díaz Revorio, 2009: 223), lo que afecta de manera directa a la organización del proceso electoral. De esta manera, las elecciones son un proceso formal y materialmente constitucional, vinculado a la legitimación del Estado constitucional (Caamaño, 1997: 94). Su naturaleza constitucional se muestra, inicialmente, por su constante aparición en la Constitución, de manera que decisiones fundamentales sobre el proceso

electoral, como la obligatoriedad del voto, los requisitos para votar, los aspectos principales acerca del sistema electoral, son previstas habitualmente en el texto constitucional. Así como se habla de la constitución económica y financiera o del derecho constitucional del trabajo, también se puede hablar de la *Constitución electoral* como el segmento de la carta constitucional dedicado a registrar las decisiones centrales sobre el proceso electoral (Miranda, 2018: 12). Además, por su trascendencia democrática y su relación directa con los derechos fundamentales, es una materia donde los estándares internacionales adquieren un peso especial.

El modelo por medio de cual se desarrolla el control de las elecciones es una decisión de profunda trascendencia democrática. El protagonismo de los mecanismos establecidos para la resolución de los conflictos e impugnaciones electorales, refuerza el carácter jurídico del proceso, basado en los principios de constitucionalidad y de legalidad. El éxito de un proceso electoral depende en gran parte de que todos los actores involucrados en este proceso, especialmente los votantes, confíen en las instituciones encargadas de conducir las elecciones y juzgar los conflictos que en ella surjan. Así, la percepción de independencia y neutralidad sobre el encargado de esa difícil tarea, y también la transparencia con que desempeñe su papel, se muestran esenciales.

El desarrollo de la naturaleza de los organismos electorales es una demostración de la voluntad del constituyente de ir más allá del empoderamiento del poder judicial en el papel de realización de las promesas y valores constitucionales y de consolidar la democracia y el estado de derecho a través de otros mecanismos adicionales (Mello, 2019). En la mayoría de los países estos Tribunales son independientes del gobierno. Así, la garantía jurisdiccional se configura como una garantía autónoma, que permite garantizar la integridad de las elecciones, sin invadir competencias de otros poderes del Estado. Pero esta garantía «puede configurarse como autónoma e independiente de la jurisdicción ordinaria y de la constitucional, o bien como parte del orden jurisdiccional que forme parte de aquélla» (Díaz Revorio, 2009: 232). Esta garantía puede configurarse incluso dotando a los órganos electorales de autonomía constitucional, hasta el punto de otorgarles la capacidad de ejercer el control de constitucionalidad en materia electoral que,

de otra manera, correspondería al Tribunal Constitucional. Así se deduce, por ejemplo, de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenaba a México por no prever en su ordenamiento jurídico nacional de 2006 de un recurso efectivo ante un tribunal para combatir la inconstitucionalidad de una ley electoral que, en su opinión, violaba sus derechos electorales (*Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de agosto de 2008)<sup>2</sup>.

En el momento actual, todos los países latinoamericanos cuentan con tribunales electorales, aunque no todos sean organismos jurisdiccionales con dedicación exclusiva a la materia electoral. La justicia electoral latinoamericana se divide fundamentalmente entre países que optan por órganos de naturaleza dual, administrativa y jurisdiccional (con facultades jurisdiccionales, que conduzca el proceso electoral de principio a fin y resuelva las eventuales impugnaciones de manera final y definitiva), y aquellos que lo hacen por órganos exclusivamente jurisdiccionales, los cuales, a su vez, pueden ser ordinarios, constitucionales, especializados en materia electoral o tribunales administrativos autónomos<sup>3</sup>.

Chile, en 1925, al crear uno de los primeros tribunales electorales iberoamericanos, el Tribunal Calificador de Elecciones, le otorgaba carácter constitucional. Desde entonces los países de la región han ido configurando tribunales electorales especializados en materia electoral, con independencia funcional, y competencia para la resolución final de las elecciones impugnadas. Aunque la incorporación de estos órganos al sistema electoral se ha realizado principalmente a través de la Constitución, incluso en aquellos países, como Argentina, que no han incorporado estos órganos a

---

2 Aunque la sentencia no expresa la naturaleza del órgano que debería realizar esta función, México incorporó la posibilidad de recurso ante el TEPJF para cumplir esta exigencia.

3 La mayoría de los organismos electorales autónomos de la región ejercen funciones tanto administrativas como judiciales e, incluso, reglamentarias. Sin embargo, ante el riesgo de abusos de poder existente cuando una sola autoridad es la responsable tanto de administrar las elecciones como de resolver los medios de impugnación que surjan de las mismas, algunos países prevén una dualidad de órganos especializados, autónomos e independientes entre sí, que distinguen entre los aspectos administrativos y la resolución de las impugnaciones judiciales. Una forma efectiva puede ser la combinación de un organismo independiente y un órgano judicial también independiente, donde las impugnaciones empiecen al nivel administrativo y las partes inconformes con la resolución respectiva puedan impugnarla ante un órgano judicial independiente (Fix-Zamudio, 2001). Dentro de este sistema se deben diferenciar los sistemas que combinan la posibilidad de impugnar ante un órgano electoral autónomo y, posteriormente, ante un órgano electoral judicial de naturaleza autónoma (como en Chile, Ecuador, Perú y la República Dominicana) de aquellos en que el órgano judicial forma parte del poder judicial (como ocurre en México y Venezuela).

su norma suprema, podemos afirmar su naturaleza constitucional. En países como Bolivia, Nicaragua y Venezuela, que comparten raíz bolivariana; Costa Rica, cuyo modelo de organización electoral constituyó un hito en el derecho público latinoamericano; o Uruguay, la función electoral se considera constitucionalmente un cuarto poder del Estado, equiparándose al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. Otros países garantizan la autonomía de la función electoral, estableciendo mecanismos para garantizar la imparcialidad y la independencia necesarias. De esta manera se les atribuyen competencias de control de constitucionalidad de los actos electorales para garantizar que las elecciones se ajusten a los principios de constitucionalidad y legalidad. Entre los órganos iberoamericanos facultados para emitir la resolución final de los medios de impugnación que se interpongan respecto de los resultados electorales, contra la cual no proceda recurso judicial o constitucional alguno, estarían los de Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana, de naturaleza autónoma, y México, donde forma parte del poder judicial. Todos ellos gozan de independencia funcional y se configuran como la última instancia encargada de resolver las controversias electorales, siendo sus decisiones definitivas e inapelables. En Perú el propio Tribunal Constitucional apuntaló la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del Tribunal Electoral al señalar que el fallo del Jurado Nacional de Elecciones «ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y es irreversible, según lo establece el art. 181 de la Carta Magna» (Exp. 003-96-I/TC).

Existen otros modelos donde las resoluciones de los órganos electorales son susceptibles de ser impugnadas por razones de constitucionalidad ante órganos distintos de los electorales, aunque esto no les priva totalmente de su condición constitucional, al tratarse de órganos independientes de naturaleza autónoma. Así cabe el recurso ante la respectiva corte suprema como en Brasil, Argentina y Paraguay donde el tribunal electoral es parte del poder judicial; ante un tribunal constitucional, como en Bolivia y Ecuador, o ante ambos en forma sucesiva, como en Guatemala. De esta manera se salvaguarda la naturaleza judicial de su función de juzgar las elecciones, sin exponer al respectivo poder judicial (cuando el tribunal especializado tiene naturaleza autónoma) o al menos a su respectiva suprema corte (cuando sigue perteneciendo

al poder judicial) a los recurrentes cuestionamientos y asechanzas político-partidistas.

En resumen, podemos decir que en la mayoría de los países iberoamericanos existe un órgano estatal, al margen de los tres poderes públicos tradicionales. Todos estos organismos se han ido consolidando, constitucionalmente o a través de leyes de mayoría reforzada, adquiriendo más atribuciones y recibiendo regulación constitucional y un carácter permanente, en la mayor parte de los casos. Como señala Jaramillo (1998: 176), «(c)on excepción de la Constitución argentina, todas las Constituciones latinoamericanas actuales se ocupan —de una u otra forma— de los organismos encargados de la organización electoral». Aunque en cada país estos organismos tienen características propias, adquiriendo funciones diferentes, con su caracterización como «órgano constitucional» a los organismos electorales le son atribuidas: a) la capacidad de poder manifestar la voluntad primaria del Estado; b) la capacidad de ejercer el poder soberano independiente, observando el ordenamiento jurídico, naturalmente; c) la paridad formal con otros órganos constitucionales (Sesin, 2006).

### **3. EL CARÁCTER CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES EN MATERIA ELECTORAL**

La naturaleza constitucional de los organismos electorales se refleja también en el contenido de sus decisiones. En la justicia electoral se relacionan íntimamente la parte dogmática y la orgánica de la Constitución (Díaz Revorio, 2009: 227). «Nadie, podría suponer una separación tajante entre lo que las constituciones disponen en materia de elecciones y lo que prevén en materia de derechos» (Cossio, 2020: 9). Los medios de impugnación en materia electoral ofrecen un control directo de la regularidad de las elecciones y tienen el efecto de preservar o restaurar el ordenamiento jurídico electoral; además, constituyen una garantía efectiva para salvaguardar los principios esenciales que rigen las elecciones y los derechos político-electorales de la ciudadanía (Orozco, 2013). De esta manera se revisa la legalidad o la constitucionalidad de la actuación o la medida impugnada y se puede anular el acto administrativo, anular las normas legales que contra-

vengan la Constitución y además, ordenar a los órganos del Poder Electoral que realicen los actos correspondientes para restituir los derechos cuestionados.

Su función va más allá de los procesos judiciales para hacer efectivos los derechos electorales, y afecta también al diseño de los procesos electorales. Como nos recuerda Nohlen (1998: 10) «Para poder ejercer realmente el sufragio, el elector debe tener oportunidad de elegir y gozar de la libertad de elección... (que) deben estar amparadas por la ley». Su finalidad esencial, la protección del derecho a elegir o a ser elegido, es también de naturaleza constitucional. Y, a pesar de que, según el modelo, estos organismos tienen atribuidas funciones diferentes como la reglamentación de la ley electoral, el control de los recursos en las cuentas partidarias, la fiscalización de la propaganda electoral (Martínez Ruano, 2012: 180), a todos ellos se les atribuyen funciones de control de constitucionalidad de los actos electorales para garantizar que las elecciones se ajusten a los principios constitucionales. Se trata de un control directo de la regularidad del proceso electoral, que además de reforzar el carácter jurídico del proceso y garantizar que las elecciones se ajusten a los principios de legalidad, garantiza que estas no solo se desarrollan en un marco constitucional, sino que consolidan los principios constitucionales.

Además de su defensa de los derechos políticos, la justicia electoral protege otros derechos fundamentales, como la igualdad o la libertad de expresión, que sin ser derechos exclusivamente políticos, afectan de manera clave a las elecciones y, en la mayoría de las ocasiones, tiene que ponderar entre los distintos derechos afectados. Decisiones que buscan garantizar un proceso limpio y transparente como, por ejemplo, las que afectan al control de la financiación, y que pueden terminar afectando al derecho de sufragio pasivo provocando la exclusión de candidaturas por incumplimientos de requisitos aparentemente formales. Lo mismo ocurre con medidas que buscan la igualdad en la representación, en distintas dimensiones, que, al establecer cuotas en la presentación de candidaturas, pueden afectar también al ejercicio del derecho de sufragio. En los últimos años, también se destaca la participación de los organismos electorales en la lucha contra la desinformación en los procesos electorales y la busca de elecciones limpias e

iguales, con su posible conflicto con la libertad de expresión. Son muchos los puntos de potencial tensión que se tienen que enfrentar cuando se trata del equilibrio de los derechos electorales con otros derechos que también gozan de amparo constitucional, y no es una tarea fácil identificar los límites.

Además, los organismos electorales, en el ejercicio de sus misiones institucionales, tienen por tarea garantizar la integridad electoral, entendida también como el respeto a los estándares internacionales y las normas globales que rigen la celebración apropiada de elecciones (Norris, 2015: 4). Ese proceso incluye el análisis de un conjunto amplio de normas jurídicas, incluyendo las de naturaleza constitucional y los estándares internacionales. De ahí que, en el ejercicio de su labor, en ocasiones, consideren la necesidad de enmendar las reglas del juego nacionales buscando incrementar la efectividad de estos principios superiores que afectan a los derechos políticos-electorales.

En ese sentido, las Cortes Constitucionales y/o los organismos electorales utilizan de estándares internacionales como manera de buscar la efectividad de derechos fundamentales que no encuentran amparo adecuado en las reglas nacionales. Los estándares internacionales abordan diversos temas relativos a derechos político-electorales y abarcan las distintas fases del proceso electoral, sirviendo como referencia ineludible para las decisiones nacionales de naturaleza constitucional. Estos estándares pueden encontrarse en tratados internacionales —que incluye comentario generales y observaciones de organismos internacionales— y en instrumentos de *soft law*, que, aunque no poseen fuerza vinculante, tienen un importante papel en la actividad interpretativa y en la formación de la costumbre internacional.

En el sistema interamericano se pueden extraer estándares tanto del Pacto de San José como de las sentencias de la Corte Interamericana y de la actuación de la Comisión Interamericana, por medio de su labor de monitoreo y su sistema de peticiones. En el caso *Castañeda Gutman vs México* la Corte Interamericana declaró que en el sistema interamericano no hay imposición de un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado, y que la Convención Americana se limita a presentar lineamientos generales que

determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y admite que los Estados, dentro de los parámetros convencionales, regulen esos derechos en observancia a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales. Se entiende así que la actuación de los Estados, aunque amplia, necesita ubicarse entre los límites convencionales. La obligación de que los Estados garanticen la participación política y adopten medidas que hagan posible, por ejemplo, el ejercicio de las comunidades indígenas y étnicas fue el objeto del caso *Yatama vs Nicaragua*. En ese caso, la Corte señaló que la obligación de ingresar en partido político para ser candidato a un cargo público en representación de una comunidad indígena y étnica que posee costumbres, usos y tradiciones propios, configuraría una restricción indebida e innecesaria a los derechos humanos consagrados en la Convención. En el mismo sentido, la Comisión de Venecia se pronunció afirmando que las minorías tienen el derecho a representación parlamentaria (CDL-MIN-1993-4rev), y el sistema político es uno de los factores que influyen la presencia de representantes de grupos minoritarios en el parlamento (CDL-INF-2000-4), de manera que deberán ser adoptadas medidas en el proceso electoral para garantizar igualdad de oportunidades de acceso al parlamento a los grupos minoritarios (CDL-AD-2010-024). También podemos destacar como, al juzgar el caso *Lopez Mendoza vs Venezuela*, la Corte Interamericana entendió que la suspensión del derecho de sufragio pasivo no puede realizarse por decisión administrativa, sino que es necesaria una sentencia emitida en proceso penal por un tribunal competente. Los derechos a la participación política de las mujeres también han sido objeto de informe específico de la Comisión Interamericana, señalando que las medidas de acción afirmativa que estimulen la participación política de las mujeres son compatibles con los principios de la igualdad y no discriminación y que pueden ser aplicadas para buscar la igualdad substancial de oportunidades. La igualdad de oportunidades es un estándar también establecido en el ámbito de la Comisión de Venecia que ha registrado que los derechos y libertades deberán ser garantizados sin discriminación de sexo, religión, color y opinión política, haciendo previsión expresa de que esa prohibición afecta directamente al derecho a elegir o poder ser elegido presidente (CDL-AD-2005-004) y, de

esta manera, los partidos políticos deben cumplir el principio de no discriminación de género en el acceso a candidaturas. Así, la introducción de cuotas de género para el acceso al parlamento son una práctica habitual que puede ser considerada una buena práctica (CDL-AD-2009-002).

Como se puede ver por los ejemplos presentados, que representan apenas una pequeña parte de las cuestiones abordadas por los organismos internacionales de protección de derechos humanos, los derechos electorales forman parte de los derechos que se consolidan a través de estos estándares, una serie de principios internacionales que sirven de referencia y, en cierta manera, fundamento para una serie de avances en la búsqueda de la máxima efectividad de los derechos políticos-electorales en el ámbito nacional.

### **III. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES: ENTRE LA TRANSFORMACIÓN Y EL ABUSO**

Hoy en día los procesos electorales se han convertido en objeto de conflicto. Un amplio sistema legal de regulación sobre los comicios electorales convive con un notable déficit de representatividad y las normas jurídicas, tal como son interpretadas, no están ayudando para promover una percepción de fiabilidad del sistema. Esta situación ha convertido la sospecha sobre la integridad del proceso en componente habitual de los procesos electorales alrededor del mundo. Lo anterior hace necesaria una nueva lectura de los papeles de los poderes en la arquitectura del Estado, una mirada del diseño constitucional orientada a materializar principios dotados de fuerte carácter aspiracional, habituales en el constitucionalismo latinoamericano (Bogdandy, 2015). En definitiva, «las funciones que la justicia electoral desempeña en una teoría o sistema de gobierno, dependen, a final de cuentas, de la concepción que se tenga de democracia» Cossio (2020: 20).

Como señala Nohlen, (2017: 17-18), «El trasfondo natural es que la constitución y la ley electoral no pueden contener reglas que cubran cualquier caso, incluso los imprevisibles en el momento de su legislación. Lo importante entonces es captar el espíritu de la constitución, tomando en cuenta el contexto político en el que

se plantea el asunto sin precedente. El sencillo argumento de que todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución está permitido es una tesis que no hace honor —como vamos a ver más adelante— a los que están llamados a defenderla. Es una invitación a burlar la Constitución en su sentido de Constitución. El juez constitucional y/o electoral tiene que profesar una postura en favor de la democracia, su buen funcionamiento y su profundización en la cultura política del pueblo, y tiene que tomar en cuenta las consecuencias de su decisión en la cultura institucional en la que tiene que sustentarse la forma de gobierno.» En el campo electoral, esa mirada transformadora tiene un fuerte impacto en la democracia, no solo al permitir que las reglas constitucionales garanticen su efectividad al garantizar un juego electoral más justo, legítimo y limpio sino también al consolidar otros principios constitucionales para el proceso electoral, llegando incluso a lo que Norris (2004) denominó la ingeniería electoral, entendida como los cambios en el sistema electoral que afectan al comportamiento del votante y a la representación política.

Esta actuación no está exenta de conflictos. Si, por un lado, se presenta relevante y necesaria en la medida en que estos organismos, conduciendo el juego electoral, tienen el deber de garantizar que las reglas existentes observen los valores consagrados en la constitución y en los estándares internacionales; por otro lado introducen un desequilibrio asumiendo un papel que no les corresponde, y que entra en conflicto con otros poderes del Estado, especialmente el poder legislativo y, en ocasiones, el judicial. Asistimos a una mayor politización de los tribunales electorales de la región; la confusión constitucional entre el sistema electoral y el derecho de sufragio; la enorme ampliación de sus competencias, que obliga a estos órganos a adoptar decisiones; y la creciente judicialización de la política (que también afecta a la materia electoral), que provoca que los órganos electorales pasen a jugar un rol activo, «dejando de lado el *self restraint* judicial, en un ambiente que pierde de vista la sana diferenciación de funciones en un Estado Constitucional» (Nohlen, 2017: 16).

Aunque es cierto que, como señala Nohlen (2017: 7), «el juez electoral o constitucional requiere de un conocimiento de la sistemática electoral para cumplir bien con su función, de tomar

decisiones en controversias sobre sistemas electorales, a veces en condiciones en que no existen normas constitucionales o legales claras en las que sostenerse», también es verdad que la mayor judicialización de la política aumenta la politización de la misma y produce una creciente y contradictoria diversidad de normas, que terminan por ser interpretadas de acuerdo a coyunturas políticas, más que conforme a la constitución y la teoría de la democracia, la norma y la idea o el valor detrás de la norma.

En ese sentido, encontramos en Iberoamérica un número creciente de decisiones de la jurisdicción electoral donde los mandatos constitucionales y los estándares internacionales pasan a ocupar un papel central en la realización de los fines políticos establecidos en la constitución, superando frecuente mente el marco legal, Así lo señala Cossio (2020: 10): «El signo de nuestros tiempos es el de una justicia constitucional y de derechos, que hace necesario que los jueces superen los, hasta hace poco vigentes, marcos de la legalidad contractualista».

Uno de los campos donde los organismos electorales han sido más propicios a establecer normas es el de la paridad, donde se mezclan los estándares internacionales y la interpretación constitucional. El TEPJF de México<sup>4</sup> se ha caracterizado por su actividad en este campo con decisiones como la de ampliar, sin un mandato legal, la paridad de género a las elecciones para las gubernaturas de manera transversal<sup>5</sup>. Lo paradójico de este caso, es que el Tribunal revocó la resolución del Instituto Nacional Electoral (INE),

4 En México, desde 1996, el art. 105 de la Constitución, la fracción II, extiende la acción de inconstitucionalidad como un procedimiento especial para impugnar disposiciones generales, incluidas las electorales (art. 99), que pudiesen resultar contrarias al texto de la Norma Fundamental, estableciendo que esta sería la única y exclusiva vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución Federal. De esta manera el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) únicamente se encuentra facultado para inaplicar normas electorales en casos individuales, a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, mientras que corresponde a la Suprema Corte de Justicia hacerlo de forma abstracta respecto de las leyes electorales que emita el Legislativo tanto en el ámbito federal como en el local. Así pues, la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución es, precisamente, la acción de constitucionalidad. Al excluir el juicio de amparo del proceso electoral, se reconoce que la ley electoral está destinada a aplicarse dentro de un proceso en el que participarán diversos partidos, candidatos y ciudadanos, por lo que difícilmente se puede proporcionar protección de la Justicia Federal a los que utilizaran este mecanismo, dejando a los demás actores fuera de su aplicación, y creando diferencias entre los sujetos que intervienen en un proceso electoral. Este mecanismo no ha estado exento de polémica y de evolución (Díaz Revorio, 2009), y ante una primera versión que excluía al TEPJF de esta labor (por la interpretación literal del art. 105 de la Constitución) hoy, tras la reforma del art. 6.4 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, el TEPJF puede realizar el control difuso de constitucionalidad en los procesos electorales, por la vía de la inaplicación en el caso concreto.

5 SUP-RAP-116/2020 y acumulados.

que ordenaba a los partidos políticos la paridad de género con la postulación de siete mujeres como candidatas para competir por las quince gubernaturas en 2021, al considerar que dicha autoridad se excedió en sus facultades, al violar el principio de reserva de ley. En su motivación señaló que en ese momento no existían directrices por parte de la legislatura para la postulación paritaria en gubernaturas, lo que no habilita a las autoridades electorales a imponer obligaciones a los partidos políticos, al tratarse de una cuestión que, constitucionalmente compete definir en exclusiva a los Congresos Estatales y al Congreso de la Unión. En ese sentido, la sentencia insta a los referidos órganos legislativos para que legislen y garanticen la paridad respecto de las gubernaturas en los próximos procesos electorales posteriores a los de 2021, pero lo transformador se produce en el acuerdo de vincular a los partidos políticos a que, en la medida de lo posible, en atención a sus disposiciones internas y a pesar de la ausencia de normativa en vigor implementen inmediatamente la medida, en lo que toca a la selección de sus candidaturas a las gubernaturas, en las elecciones que se celebrarían solo unos meses después (6.6.2021), lo que convierte este requerimiento en obligación.

En Brasil<sup>6</sup>, también la búsqueda de la paridad de género en la política ha sido objeto de este tipo de decisiones de los organismos electorales. La ley brasileña, desde 2009, obliga a que los partidos políticos observen la proporción mínima de 30% de candidaturas por género. Sin embargo, la previsión legal no había producido el incremento de representatividad buscado en razón de la proliferación de las candidaturas ficticias de mujeres con la finalidad única de cumplir formalmente con este requisito de género<sup>7</sup>. En 2016 el TSE identificó que de los 16.131 candidatos que no habían obtenido ningún voto, 14.417, casi el 90% eran mujeres. En la búsqueda de la igualdad, el Supremo Tribunal Federal brasileño modificó la opción del legislador de establecer un porcentaje de reserva del

6 El TSE actúa como organismo superior de la justicia electoral, aunque las cuestiones constitucionales que se refieran a elecciones pueden ser discutidas en el STF (Marchetti, 2008: 882), el Tribunal electoral dispone de competencias legislativas (rule making), pudiendo editar resoluciones para regular la organización y desarrollo del proceso electoral —lo que suele hacer para todas las elecciones—; y además, competencias consultivas, pudiendo responder cuestionamientos que le sean dirigidos por una autoridad legitimada.

7 Aunque en la norma brasileña se utilice la expresión «sexo» para las cotas, el TSE ha adoptado el concepto de género para estos fines, de manera que las mujeres transexuales y los travestis deben ser contabilizados entre las cotas de género legalmente exigidas.

fondo público de financiación de campañas para las candidaturas femeninas en un porcentaje inferior al de la cuota (en el art. 9º de la Ley n.º 13.165 de 2015 establecía que fuera entre 5 y 15%) y definió que ese valor debe ser equivalente a la participación femenina en las candidaturas (de manera que 30% es el mínimo). Aunque la norma no establecía las exactas sanciones para los casos de fraude el TSE adoptó una postura firme decidiendo que todos los candidatos de la lista del partido que hayan sido beneficiados por la acción fraudulenta perderán sus cargos, independientemente de la comprobación de su efectiva participación directa<sup>8</sup>.

En los dos casos anteriores la actuación de las cortes electorales buscó garantizar la efectividad del derecho fundamental a la igualdad, persiguiendo la paridad en las campañas electorales. Esa postura encuentra amparo en los estándares internacionales ya presentados que colocan la búsqueda de la representatividad femenina en las contiendas electorales como una buena práctica.

En la misma línea, otro caso interesante sobre el establecimiento por vía administrativa y jurisdiccional de acciones afirmativas ha sido, de nuevo, el del TEPJ mexicano. Estas fueron introducidas inicialmente por el Consejo General del INE (CGINE)<sup>9</sup> que incluyó una acción afirmativa indígena basada en la autoadscripción, que debía incluirse al menos en 21 de los 28 distritos electorales federales con población indígena, respetando el principio de paridad. En línea con la demanda creciente en pro de la inclusión y el empoderamiento femenino en el entorno político, así como por el fortalecimiento de las voces minoritarias (Norris, 2004: 179). Ante la impugnación de un ciudadano que alegó la inexistencia de medidas afirmativas para personas con discapacidad, la Sala Superior del TEPJF modificó el Acuerdo INE/ CG572/2020, y ordenó al INE establecer de inmediato medidas afirmativas para la postulación de personas con discapacidad en las candidaturas a los cargos de elección popular en el proceso electoral ya en marcha. Además, vinculó al INE para diseñar acciones afirmativas destinadas a otros grupos vulnerables que fueran merecedores de representación legislativa privilegiada y dio vista al Congreso para que incorporara en la legislación este mandato de inclusión.

8 TSE - RESP n° 19.392. Decisión publicada en 17/12/2019.

9 SUP-RAP-121/2020 y acumulados.

La decisión fue implementada por el INE y generó nuevos cuestionamientos sobre la necesidad de nuevas medidas afirmativas, esta vez a favor de la comunidad migrante, lo que se tradujo en otra decisión del TEPJF ordenando de nuevo al Consejo General del INE la implementación de medida a favor de la comunidad migrante. Estas decisiones, que no estaban respaldadas en la ley electoral ponderan la situación de estos grupos vulnerables, adoptando la decisión en un momento en el que los partidos todavía estaban a tiempo de introducir estos cambios en sus candidaturas. De esta manera el TEPJF, asume su papel como órgano constitucional, al determinar que ese grupo de mexicanas y mexicanos podrá, por primera vez, optar con mayor facilidad a obtener representación en el proceso electoral de 2021<sup>10</sup>. Se confirman también en este caso los estándares internacionales que consideran que los escaños reservados son una forma de favorecer la representación de las minorías, y que la acción afirmativa en el ámbito de las normas electorales es una de las formas de establecer la participación efectiva de las personas pertenecientes a minorías nacionales. En este sentido, la ley electoral puede ir más allá y consagrar medidas especiales que busquen solucionar los desequilibrios de representación tradicionalmente existentes.

Existen otros casos en los que resulta más difícil enmarcar la decisión de forma clara, al no existir estándares internacionales consolidados jurisprudencialmente o chocar las decisiones adoptadas con la propia Constitución. De esta forma, en México encontramos un caso que afecta al voto de las personas que se encuentran en situación de prisión preventiva<sup>11</sup>, donde, frente a la literalidad del artículo 38 de la Constitución mexicana, que restringe este derecho cuando una persona esté sujeta a un proceso criminal o ha sido condenada, el Tribunal Electoral establece que las personas que se encuentran en prisión y no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, ya que se encuentran amparadas

---

10 Para hacerlo se argumenta que no es necesario esperar a realizar la modificación normativa porque las acciones afirmativas sirven precisamente para remediar ese tipo de situaciones jurídicas que obstaculizan la eficacia de los derechos humanos, asumiendo la obligación de interpretar y aplicar el marco constitucional y convencional vigente para combatir problemas sociales. Confirma así la facultad de las autoridades electorales para instrumentar acciones que expandan los derechos políticos. Art. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Sala Superior 30/2014, de rubro: «Acciones afirmativas. Naturaleza, características y objetivo de su implementación».

11 SUP-JDC-352/2018 Y SUP-JDC-353/2018 acumulado.

por el principio de presunción de inocencia. De esta manera y para salvaguardar el derecho de las personas en prisión preventiva, el TEPJF ordenó al Instituto Nacional Electoral (INE) implementar una primera etapa de prueba en el que se de respuesta a las necesidades y posibilidades administrativas y financieras que se requieran, y se establezca el mecanismo para que las personas puedan sufragar en prisión, incluido el voto por correspondencia. La sentencia, que parte del hecho de que la Sala Superior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana y otros tribunales internacionales han realizado una interpretación evolutiva del derecho al voto y la presunción de inocencia, de la que se busca ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, asume estándares internacionales como los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reconoce que la condición de preso implica la supresión o delimitación de algunos de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos; pero esto no supone que la totalidad de derechos deban ser eliminados, el derecho al voto es un buen ejemplo, salvo en casos en los que el ejercicio del derecho guarde relación estrecha con el delito que ha provocado la condena. Un principio que se recoge y se aplica en la sentencia, haciéndolo extensivo a un caso que podría afectar a presuntos delitos electorales<sup>12</sup>, lo que pone el peso de la decisión en el principio de la presunción de inocencia. De esta manera la decisión del TEPJF de facto considera que la prohibición de votar establecida en la Constitución supone un trato discriminatorio, ya que no existe base objetiva alguna que justifique el recorte de derechos que sufren con respecto al resto de los ciudadanos, por lo que se plantea implícitamente una reforma del art. 38.

Adoptando una postura más transformadora, la Corte Electoral brasileña, también sin un marco legal claro, ha impuesto sanciones graves a un candidato que propagó desinformación sobre el pro-

---

12 El origen de la decisión son los recursos de Guadalupe Gómez Hernández y Marcos Ruiz López, personas que se auto adscribieron indígenas para poder obtener representación de manera favorable y que se encuentran recluidos y enfrentan un proceso penal, y cuestionaron la ausencia de mecanismos que garanticen el derecho a votar de las personas que se encuentran privadas de su libertad sin haber sido condenadas por sentencia. Lo que nos permite concluir que, en lo que se refiere al derecho al voto, la presunción de inocencia estaría por encima de la posible supresión del derecho del voto en caso de delitos electorales.

ceso electoral. A pesar de, hasta la edición de la Resolución-TSE 23.671/2021, no existir una previsión legal específica de sanción para la divulgación de informaciones falsas que resulten en daños a la credibilidad del proceso electoral, el TSE reconoció el establecimiento de la pena de pérdida de cargo público al candidato que actúe en el sentido de perjudicar las elecciones por medio de la propagación de bulos<sup>13</sup>. Se trató del caso de un candidato al cargo de diputado federal (resultó electo) que, durante la jornada electoral, por medio de una «live» en la red social Youtube<sup>14</sup> denunció la existencia de fraudes en las urnas electrónicas y otros hechos que cuestionaban la fiabilidad del proceso electoral<sup>15</sup>. El problema al que se enfrentó el TSE era que la norma en que se encuadraban las conductas del diputado tenía más de treinta años y trataba solamente de la utilización indebida de medios de comunicación como la televisión y radio, establecidas en la regulación estatal. Sin embargo, el TSE consideró que no se puede ignorar la realidad de internet como un nuevo entorno mediático que afecta a la manera como son desarrolladas las campañas electorales, de forma que, aunque no había sido explicitado por el marco legal brasileño, Internet y las redes sociales se amoldaban al concepto de «vehículos o medios de comunicación». Con ese fundamento, el Tribunal decidió que la diseminación de desinformación sobre el proceso electoral, también a través de las redes sociales, equivale a una mala utilización de los medios de comunicación, y decretó la pérdida del cargo de Diputado Federal. En este caso, el Tribunal Electoral mostró su naturaleza constitucional, posicionándose de manera activa en la defensa del ambiente democrático en el país, y reconociendo la necesidad que el sistema legal se adecue al nuevo entorno existente. Además, la decisión podría leerse como la confirmación de nuevos estándares internacionales<sup>16</sup> que reco-

13 TSE, RO 060397598.

14 La live fue transmitida para más de 70.000 personas, y tuvo más de 100.000 comentarios, 400.000 reenvíos y seis millones de visualizaciones.

15 Ha sido dicho, entre otras cosas que: (a) «ya identificamos dos urnas que Yo digo que o son fraudulentos o están adulterados. [...], Tengo aquí toda la documentación de la propia Justicia Electoral»; (b) «lo estamos sacando aquí de primera mano para todo Brasil [...], las urnas están adulteradas o son fraudulentas»; (c) «nuestro abogado acaba de confirmar [...], identificó dos urnas que digo fueron adulteradas»; (d) «no aceptaremos que una empresa de Venezuela, con una tecnología a la que no tenemos acceso, defina la democracia en Brasil».

16 «Disinformation is a complex, multifaceted phenomenon with serious consequences. It destroys people's trust in democratic institutions. It thrives where public information regimes are weak and independent

nocen que el fenómeno de la desinformación mina la credibilidad y legitimidad de las instituciones democráticas.

Otro caso, en esta ocasión de México, sería el de la lista nacional de infractores de violencia política de género<sup>17</sup>, donde se ordenó al Instituto Nacional Electoral (INE) crear una lista nacional pública que contenga los nombres de quienes, en sentencias firmes, hubieran incurrido en violencia política en razón de género, para tomarla en cuenta en las próximas elecciones. Tras ratificar una sentencia donde la Sala Regional Xalapa del TEPJF confirmaba la existencia de violencia de género contra una regidora y ordenaba al instituto electoral local integrar una lista de infractores que incluya el nombre del presidente municipal que había perpetrado el delito, fue más allá estableciendo de hecho una lista de infractores de violencia política de género con alcance nacional. Esta decisión, que obliga al INE a establecer el mecanismo de elaboración y de consulta de cara al registro de candidaturas, busca evitar la repetición de estas prácticas, y que este registro proporcione información para valorar las solicitudes de inscripción de cualquier candidatura de elección popular, con el objeto de verificar si se cumplen los requisitos para su postulación; y, en consecuencia, poder autorizar o denegar el registro, afecta de manera clara el derecho a la privacidad de los infractores, un derecho fundamental cuya regulación correspondería a la Constitución o a normas reforzadas.

Por último, existen otros casos en los que los organismos electorales yendo más allá de las previsiones normativas nacionales se sitúan al borde de la actuación abusiva. En Argentina, en junio de 2009, la Cámara Electoral Nacional refrendó la práctica de candidaturas testimoniales que encabezan las listas cerradas y bloqueadas, formadas por cargos públicos que se postulan para mandatos parlamentarios a los que renuncian en caso de ser elegidos, lo que va en contra de la naturaleza representativa de la democracia.

También en Ecuador, en 2006, tras el rechazo del Congreso Nacional a la realización de un referéndum sobre la instalación de

---

investigative journalism is constrained. It disempowers individuals, robbing them of their autonomy to search, receive and share information and form opinions. In the platform world, individuals are regarded as users, not as rights holders with agency.» Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Irene Khan. Human Rights Council. 07/2021.

17 SUP-REC-91/2020 y acumulado.

una asamblea constituyente, el Tribunal Supremo Electoral decretó la puesta en marcha del referéndum, en contra del parlamento y el Tribunal Constitucional (y de la propia Constitución) convirtiéndose en actor político parte del conflicto institucional (Nohlen, 2017: 16)

En Venezuela, en 2006, el Consejo Nacional Electoral admitió el mecanismo conocido como «las morochas» (que en ese momento no formaba parte del sistema electoral), y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia justificó aplicar el sistema electoral proporcional-personalizado, en contra del principio de representación proporcional establecido en la Constitución, de manera segmentada, al permitir que los escaños uninominales mayoritarios obtenidos por los partidos, no tendrían que restarse de los obtenidos por el voto proporcional (el voto de lista). En este caso, la decisión del Consejo Nacional Electoral fue refrendado por la Sala Constitucional<sup>18</sup>, que declaró que este mecanismo no se encontraba prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico, concluyendo que aquello que no esté prohibido no puede estar en contra de la ley. El Tribunal, al aplicar este principio del derecho penal al derecho constitucional, omite la contradicción evidente de su interpretación con la ley electoral así como su responsabilidad de aplicar la Constitución y su defensa de la democracia representativa, negando sus principios constitucionales. Como señaló el voto de la minoría «una tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional, jurídicamente se traduce en un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron». La consecuencia fue que una fuerza política, la del presidente Chávez, obtuvo el 90% de los escaños con el 60% de los votos.

Por último, en El Salvador donde existía una lista nacional, cerrada y bloqueada, la Sala de lo Constitucional, en aplicación del art. 78 de su Constitución que establece el sufragio igualitario y libre, prohibió el umbral de votación para mantener la inscripción en el registro de partidos y la propia plancha, por lesionar la proporcionalidad, por su efecto en las circunscripciones territoriales, imponiendo al legislador, en 2012, la sustitución de la lista cerrada

<sup>18</sup> Sentencia No. 74 del 25-1-2006.

y bloqueada por la lista cerrada y desbloqueada, y en 2015 por la lista abierta, en lo que supone otra muestra más de sustitución del legislador por el Tribunal Supremo Electoral (Nohlen, 2017: 19).

#### IV. CONCLUSIONES

Los órganos electorales autónomos han realizado una contribución esencial en los procesos de transición y consolidación democrática, desempeñando un papel significativo en la consolidación de determinados derechos electorales y en el fortalecimiento del ambiente democrático iberoamericano.

En esta labor han desempeñado una función constitucional que les ha llevado a reforzar una interpretación dirigida a maximizar los valores constitucionales, aunque en ocasiones esto suponga ir más allá de las normas existentes, con la intención de fortalecer el ambiente democrático del Estado, materia lizando principios constitucionales insuficientemente consolidados como los déficits en la representatividad política femenina y grupos minoritarios, las dificultades en el control de la financiación de las campañas electorales, el papel de los representantes en su relación con los partidos políticos o la desinformación que ataca la percepción de fiabilidad del sistema electoral.

En este sentido, la actuación transformadora de la jurisdicción constitucional sin duda tiene el potencial de mejorar las reglas del juego para reforzar los mandatos constitucionales y fortalecer el sistema democrático. La motivación de esta labor transformadora se justifica en la imposibilidad de mantener situaciones contrarias a los estándares internacionales (aplicable a la igualdad de género), evitar la implementación de recomendaciones realizadas por los organismos internacionales (voto prisión preventiva) y proteger el sistema electoral contra desafíos de dimensión global como la desinformación. De ahí que los cambios introducidos por vía jurisprudencial se apoyen habitualmente en la existencia de estándares internacionales y deban respetar las condiciones generales establecidas, por ejemplo, por la Comisión de Venecia: a) respeto de los derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión; b) la protección frente a la manipulación electoral y c) las garantías procesales necesarias.

Estas decisiones, bajo la voluntad de adaptación de la normativa electoral a la realidad cambiante<sup>19</sup>, se realizan en ausencia de norma, o incluso en contra de la misma, sea norma electoral o Constitución. De esta manera los organismos electorales vienen realizando, de hecho, importantes reformas a la legislación electoral, las cuales, en su mayoría, maximizaron los derechos político-electorales de la ciudadanía o permitieron generar mejores condiciones de equidad en los procesos electorales. Sin embargo, existen también otras decisiones en las que estos organismos electorales, en lugar de proteger y reforzar derechos, han modificado el sistema electoral, reduciendo, por ejemplo, la proporcionalidad del voto y limitando los derechos político-electorales. La indeterminación de estas decisiones, en que los organismos electorales han asumido un papel proactivo, con sentencias más creadoras de derechos que interpretas de los mismos, asumiendo un papel de agentes del cambio que adaptan la normativa existente en una materia concreta a una realidad de evolución constante, puede terminar perjudicando la seguridad jurídica electoral.

Los organismos electorales han convalidado auténticas piezas de legislación desarrolladas a través de la potestad reglamentaria de las autoridades administrativas, ajustes normativos en los que, con la intención de aplicarlos al proceso en marcha, y ante la imposibilidad, o dificultad, de modificaciones por parte del poder legislativo se adopta una decisión que obliga desde ese momento a todos los actores involucrados en el proceso electoral, lo que afecta a los plazos, muy cercanos al inicio de los procesos y a la reserva de ley. También en su interpretación de casos concretos han establecido auténticas normas electorales, que, aunque suelen advertir de la necesidad de realizarlas por vía legislativa para ser aplicadas en procesos electorales posteriores, establecen la obligación de, ante el retraso que supone su desarrollo legislativo, aplicarlos directamente a aquellos que se encuentran próximos o en curso, con el peligro de consolidar sus mandatos, aun en ausencia de desarrollo legislativo.

Aunque la interpretación de los organismos electorales no considera estas decisiones como cambios normativos sino como la modulación de principios ya existentes, la materialización a tra-

<sup>19</sup> Reyes Rodríguez Mondragón, TEPJF. Disponible en: <https://bit.ly/3EYyhee>.

vés del desarrollo de principios constitucionales y la proyección de estándares internacionales generales que se concentran más allá de la potestad del tribunal, el estudio de las sentencias plantea un verdadero uso transformador de su potestad.

El principio de seguridad jurídica recomienda que este tipo de modificaciones de las normas electorales deba tener rango constitucional o llevarse a cabo en una norma de rango superior a la ley ordinaria, buscando un consenso amplio de los actores involucrados. De ahí la necesidad de establecer límites o criterios que deban respetar este tipo de decisiones jurisdiccionales cuando no existe regulación por parte del legislativo. Para hacerlo pueden resultar de referencia los principios de necesidad, teniendo en cuenta la premura de los procesos electorales; proporcionalidad, ponderando los derechos en juego; y el principio de anualidad que se basa en la distinción entre acciones puntuales y aquellas con efectos permanentes y se concreta en que estas decisiones no debieran realizarse en el periodo inmediatamente anterior a las elecciones, para evitar que las modificaciones puedan favorecer a alguno de los contendientes<sup>20</sup> y permita garantizar la seguridad jurídica necesaria para que todos ellos puedan familiarizarse con las nuevas normas, prepararse para poder cumplirlas, reforzar su confianza en el sistema electoral y participar en condiciones de igualdad.

---

20 «Even when no manipulation is intended, changes will seem to be dictated by immediate party political interests» European Court of Human Rights on 18th November 2008 in the case *Tănase and Chirtoacă v. Moldova* (para. 114 with reference to the Code of Good Practice in Electoral Matters).

## BIBLIOGRAFIA

Bogdandy, A. V. (2015). Ius Constitutionale Commune na América Latina: Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, 269, 13-66. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>.

Caamaño Domínguez, F. (1997). Elecciones y Tribunal Constitucional: ¿una intersección no deseada? *Revista de las Cortes Generales*, 41, 91-121. Disponível em: <https://doi.org/10.33426/rcg/1997/41/975>.

Cossío D. J. R. (2020). *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. Ciudad de México: Instituto Nacional Electoral.

Díaz Revorio, J. (2009). Justicia constitucional y justicia electoral: un examen con parado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 223-266. Espinosa Silis, A. (2020). *Modelos de justicia electoral en América Latina*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Fix-Zamudio, H. (2001). Justicia constitucional y judicialización de la política. *Siste mas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, 11-38.

Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. (2011). *Justicia electoral: Una introducción al manual de IDEA Internacional*. Estocolmo: IDEA. Disponível em: <https://bit.ly/2QtK9sa>.

James, T. S. (2020). *Comparative electoral management: Performance, networks and instruments*. London: Routledge. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9781315545172>.

Jaramillo, J. F. (1998). Los órganos electorales supremos. En D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco & J. Thompson, J. (eds.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina* (pp. 371-436). México: Fondo de Cultura Económica.

Las decisiones jurisdiccionales de carácter constitucional de los organismos electorales en Iberoamérica: un difícil equilibrio. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 431-454.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.26.13>

Marchetti, V. (2008). Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. *Revista de Ciências Sociais*, 51, 865-893. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400003>.

Martínez Ruano, P. (2012). Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral. *Revista Derecho Electoral*, 13, 164-187.

Mello, P. P. C. (2019). Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contri buição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 253-285. Miranda, J. (2018). *Direito Eleitoral*. Coimbra: Almedina.

Nohlen, D. (1998). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

— (2017). Sistemas electorales y jurisdicción constitucional en América Latina. Algunas experiencias comparadas. Política y Gobernanza. *Revista de Investigaciones y Análisis Político*, 1, 5-29.

Norris, P. (2004). *Electoral engineering. Voting Rules and Political Behavior*. New York: Cambridge University Press. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511790980>.

— (2015). *Why Elections Fail*. New York: Cambridge University Press. Orozco Henríquez, J. J. (2013). *Justicia electoral: El manual de IDEA Internacional*. Estocolmo: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral Internacional.

Rubio Núñez, R. y Andrade Monteiro V. de (2022).

Sesin, D. J. (2006). Órganos De Justicia Electoral: Naturaleza Jurídica, Ubicación Institucional Y Régimen Jurídico. *Revista Argentina de la Administración Pública*, 329.

*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), pp. 431-454



# Populus

Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia

Memória



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



ODE AO DOUS DE JULHO<sup>1</sup>

Castro Alves

Era no Dous de julho. A pugna imensa  
Travara-se nos cerros da Bahia...  
O anjo da morte pálido cosia  
Uma vasta mortalha em Pirajá.  
"Neste lençol tão largo, tão extenso,  
"Como um pedaço roto do infinito...  
O mundo perguntava erguendo um grito:  
"Qual dos gigantes morto rolará?!..."

Debruçados do céu... a noite e os astros  
Seguiam da peleja o incerto fado...  
Era a tocha – o fuzil avermelhado!  
Era o Circo de Roma – o vasto chão!  
Por palmas – o troar da artilharia  
Por feras – os canhões negros rugiam!  
Por atletas – dous povos se batiam!  
Enorme anfiteatro – era a amplidão!

Não! Não eram dous povos, que abalavam  
Naquele instante o solo ensanguentado...  
Era o porvir – em frente do passado,  
A Liberdade – em frente à Escravidão,  
Era a luta das águias – e do abutre,  
A revolta do pulso – contra os ferros,  
O pugilato da razão – com os erros,  
O duelo da treva – e do clarão!...

No entanto a luta recrescia indômita...  
As bandeiras – como águias eriçadas –  
Se abismavam com as asas desdobradas  
Na selva escura da fumaça atroz...  
Tonto de espanto, cego de metralha,  
O arcanjo do triunfo vacilava...

---

1 São Paulo, junho de 1868.

## ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA

E a glória desgrenhada acalentava  
O cadáver sangrento dos heróis...

Mas quando a branca estrela matutina  
Surgiu do espaço... e as brisas forasteiras  
No verde leque das gentis palmeiras  
Foram cantar os hinos do arrebol,  
Lá do campo deserto da batalha  
Uma voz se elevou clara e divina:  
Eras tu – Liberdade peregrina!  
Esposa do porvir – noiva do sol!...

Eras tu que, com os dedos ensopados  
No sangue dos avós mortos na guerra,  
Livre sagravas a Colúmbia terra,  
Sagravas livre a nova geração!  
Tu que erguias, subida na pirâmide,  
Formada pelos mortos do Cabrito,  
Um pedaço de gládio – no infinito...  
Um trapo de bandeira – n'amplidão!...

ABOLIÇÃO DA IMPRENSA<sup>1</sup>

Ruy Barbosa

Há cento e oito anos que, na primeira fase da revolução francesa, na sua fase de luz e justiça, antes que os erros e paixões começassem a ensanguentá-la, um homem de autoridade superior entre os seus contemporâneos, Pétion, "o virtuoso", como eles lhe chamaram, exprimia-se assim:

Um dos maiores benefícios da liberdade de imprensa é acoroçoar os cidadãos a vigiarem sem cessar os homens que ocupam cargos públicos, alumiarem-lhes o procedimento, desvendarem-lhes as intrigas, advertirem a sociedade dos perigos, que corre. Creia a liberdade de imprensa atalaias desveladas, que às vezes dão rebates falsos, mas às vezes os dão proveitosos; e mais vale estar de sobreaviso para a defesa, quando nos não acometem, que ficar desapercibido, e ser tomado de surpresa. Pode estar intimamente convencida uma pessoa de que um funcionário público é culpado, e trai a confiança do povo; pode ter recebido confidências de um subalterno desinteressado; podem ocorrer, enfim, um sem conto de indícios, que obriguem a consciência de um homem escrupuloso a se declarar. Terá salvo a pátria. Entretanto, pela lei que se vos propõe, será levado a juízo, e declarado caluniador. Quê! Hei de eu aguardar que o inimigo tenha entrado em França, para dizer que a França se acha ameaçada? Para denunciar uma conjuração, hei de esperar que ela estoire?

---

1 Editorial da Imprensa, de 10 de dezembro de 1898.

Era o puro senso comum que falava deste modo, em 23 de agosto de 1790, na Assembleia Constituinte, pela boca de Pétion, antes que a revolução tivesse crimes. Os que ela cometeu depois, os que a expuseram ao horror da história, não emanaram senão da corrente funesta, que desviou aquele movimento do espírito de liberdade para o de intolerância, levantando o cadafalso contra os delitos do pensamento, e substituindo pela inquisição dos funcionários a vigilância da imprensa. Entretanto, mais de um século depois, esclarecidos por uma experiência que todas as revoluções e todos os regimes têm reproduzido com a mesma translucidez, os republicanos brasileiros, ao sair da época dos crimes para a das esperanças, esquecem esse rudimento, primitivo de toda organização Constitucional, essa invariável lição de todos os povos.

Não os envergonha que a Monarquia praticasse vantajosamente a doutrina liberal. Sem motivo, sem ocasião, sem pretexto sequer, arbitraria, fútil, puerilmente enveredam pelos francesismos da escola napoleônica, a inviolabilidade dos funcionários, a tutela da administração sobre a imprensa, a dissimetria meticulosa da publicidade.

Retrogradamos? Não importa. Com a inconsciência dos tolos, ou o desprezo dos cínicos, não nos pejam de confessar que as nossas antigas instituições penais são "libérrimas", para as ir estropiar nos moldes execráveis da reação. Em vez de cometer as reformas à madureza de cabeças pensantes, entregamos a sorte das leis à incompetência de ambiciosos atrevidos. E ficamo-nos a esfregar as mãos, anchos, deslavados, confiantes nos mestres de obra feita.

Mas então a vocação atual do legislador neste país quer desatar as suas últimas relações com a

consciência popular? O direito já não emana desta, direta, ou indiretamente. Numa época de superficialidade e pedantaria a Nação ficou reduzida a um tropo, a um ornamento de linguagem. Os repentistas políticos incumbem-se de pensar por ela. Surdem os projetos como cogumelos dos detritos cerebrais da nossa decadência. Caem como chuva de rãs sobre a opinião surpreendida. Um dia, o divórcio. Outro, a abolição do ensino oficial. Mais tarde a entrega da instrução superior a uma companhia de comércio. Afinal, a absorção da justiça na polícia, a mutilação do júri, a paralisação da imprensa a benefício do funcionalismo. Exigia a opinião alguma dessas medidas? Imaginava-as, ao menos! Absolutamente nunca. São vegetações fungiformes da espécie venenosa, que abrolham de secreções esparsas.

A nossa legislação vigente, no que respeita à ação pública em matéria de ofensa contra funcionários, tem por assento o decr. n. 1.090, de 1º de setembro de 1890, que só admite ao ministério público essa iniciativa, nos casos de calúnias ou injúrias não impressas, ferimentos, ofensas, ou violências contra empregados, em atos do exercício de suas funções, seja o delinqüente preso, ou não, em flagrante. É a agressão frente a frente, rosto a rosto, contra o serventuário do estado na sua repartição, ou em diligência do seu cargo, o Juiz na audiência, o oficial de justiça na execução dos atos judiciais. Só nessas hipóteses se concede a ação pública, isso em razão de que nelas o ataque é à lei viva, à lei em ação, à lei personificada no servidor que a está desempenhando.

Não se trata de proteger a individualidade, a responsabilidade, o nome do funcionário, mas a concretização presente do Estado, da soberania nacional, da dignidade do direito, na solenidade

que a representa e no magistrado que a exerce. Contra o furioso, que desacatou a majestade dos tribunais, ou faltou com o respeito à administração na atualidade do seu serviço, a ordem legal, materialmente violada na sua hierarquia, na sua disciplina, ou no seu decoro, reclama a intervenção imediata do ministério repressor.

Ampliar além dessas raias a ação pública, estendê-la a linguagem falada, ou escrita, contra os atos dos funcionários é embuçar nas quatro linhas de um acessório legislativo a negação radical da liberdade de imprensa.

Eis, entretanto, o que faz o projeto naquele acidentezinho sutil do art. 1º, n. 3, que o parecer do Instituto dos Advogados qualificou, sem exagero, de temerosa.

Diz ela:

"Cabe ação penal, por denúncia do ministério público, nos crimes de:

"Calúnia, ou injúria, quando praticadas contra corporação, que exerça autoridade, ou contra agente ou depositário desta, em razão do seu ofício".

Abra-se agora o Código Penal, e ver-se-á o imenso latifúndio que este texto domina: é todo o território da liberdade da palavra no tocante aos atos do poder desde os seus mais altos órgãos até aos seus ínfimos instrumentos.

Segundo o Código Penal, com efeito, no art. 315 "constitui *calúnia* a falsa imputação, feita a alguém, de fato que a lei qualifica crime". Julgar-se-á injúria, em face do art. 317, "a imputação de vícios, ou defeitos, com ou sem fatos especificados, que possam expor a pessoa ao ódio ou desprezo

publico", bem como "a imputação de fatos ofensivos da reputação do decoro e da honra".

Crimes há de natureza comum, em que o funcionário pode incorrer, como o particular. Outros que são peculiares ao empregado público.

Na primeira classe estão os crimes contra a existência política da República, a sua segurança interna, a tranqüilidade geral, os direitos individuais, a fé pública, a fazenda, o pudor doméstico e os bons costumes, a segurança do estado civil, a pessoa e a vida, a honra e a boa fama, o direito de propriedade.

Na segunda, a enumeração abrange: a prevaricação, a falta de exação no cumprimento do dever, a peita, ou suborno, a concussão, o peculato, o excesso ou abuso de autoridade, a usurpação de funções públicas, a irregularidade de comportamento.

Vejamos, por alguns exemplos, o regime, que o projeto inauguraria. Tenham paciência os leitores, que a gravidade do caso o merece.

Comecemos pela primeira classe.

Disse um jornal que um subdelegado, um inspetor de quarteirão, ou um agente de prefeitura se opusera, ainda que sem violência, com uma dessas ameaças tão familiares aos mandõezitos administrativos à execução de ordens legais de uma autoridade. É imputar ao funcionário o crime do art. 124. Calúnia! Processo no jornal.

Narrou que uma praça de polícia, num desses arreganhos comezinhos a essa gente, arrancou das mãos de uma pessoa do povo um delinquente, por

ela preso em flagrante. É imputar ao funcionário o crime do art. 127. Calúnia! Processo no jornal.

Afirmou que um empregado nos caminhos de ferro da Nação, por imprudência, negligência, imperícia, ou inobservância de regulamento, dera causa a um desastre na linha. É o crime do art. 151. Calúnia. Processo no jornal.

Referiu que empregados policiais, por meio da força posta à sua disposição em dia de comício popular, obstaram por qualquer modo a que um eleitor votasse, impediram que a mesa eleitoral, ou a junta apuradora, se reunisse no lugar designado, obrigaram uma ou outra a dispersar-se, violaram o escrutínio, inutilizaram os papéis eleitorais. São os crimes dos arts. 165, 169 e 171. Deles está pejada, entre nós, a crônica da eleição. Perpetram-se constantemente, e são sempre negados pelas autoridades que os perpetram. Calúnia. Processo no jornal.

Relatou um deles que a mesa eleitoral se reuniu fora do lugar determinado, não recebeu o voto de um eleitor munido de seu título, ou falsificou as atas. Outro acusou de coisa análoga as juntas apuradoras. Este argüiu as autoridades alista-doras de viciarem o alistamento. Aquele, os mesários de alterarem as listas, ao lê-las. É a praxe eleitoral de todos os dias, nesta terra. Mas os arts. 173, 174 e 175 a castigam sob três capitulações penais diferentes. Calúnia, pois, na sua imputação ao indivíduo revestido de autoridade. Processo nesses jornais.

Ousou uma folha increpar um empregado do correio, ou do telégrafo, fosse o diretor geral, ou um simples carteiro, um telegrafista, um mensagei-

ro (todos são agentes de autoridade), de ter desviado, ou violado, uma carta, ou um telegrama. Divulgou outro órgão da imprensa que um subdelegado, em demasias de zelo, se utilizava de uma correspondência particular, com o intuito de pesquisar um delito. São os crimes dos arts. 193 e 194. Calúnia. Processo nessas folhas.

Murmuraram as gazetas: que uma autoridade qualquer entrara de noite em casa alheia, sem licença do seu dono (art. 196), varejara-a de dia, fora dos casos legais (art. 198), executara uma diligência domiciliar sem observância das formalidades prescritas (art. 201), constrange-ra alguém no exercício de sua indústria (art. 204), deixara sair da Caixa da Amortização, cujo empregado era, notas recolhidas (art. 214), dera, por prazer, um atestado inverídico (art. 252), emendara, ou alterara, o registro civil (art. 257), tivera convivência em contrabando (art. 265). São atos cuja imputação constitui calúnia. Processo nessas gazetas.

Denunciou um periódico a brutalidade de um funcionário policial, que feriu, mutilou, ou desfigurou um homem do povo, a imprudência, a negligência, ou a imperícia de um facultativo oficial, que, operando, vacinando, inoculando, ou receitando, foi involuntariamente causa, direta, ou indireta, de lesão corpórea em alguém. Crimes dos arts. 204 e 206. Logo, calúnia na imputação incomprovada ao funcionário, processo, portanto, ao periódico, veraz, mas desarmado da prova.

Nos crimes da segunda classe, nos que, por sua natureza, se ligam ao exercício das funções públicas, as espécies são ainda mais frisantes.

Suponhamos que o funcionário *prevaricou* (art. 207), não prendendo um delinqüente nos casos da lei; não o processando; não lhe dando a nota de culpa nas 24 horas; demorando quer a administração da justiça, quer as providências requisitadas pela autoridade competente; excedendo os prazos de revisão do feito, despacho, ou prolação da sentença; provendo em emprego público, ou para ele propondo, pessoa sem idoneidade legal; ordenando prisão sem causa, retendo incomunicável o preso por mais de 48 horas, ou sequestrando-o em casa não destinada à prisão; demorando além dos termos legais o processo do réu preso; prendendo sem ordem escrita da legítima autoridade; desalistando o cidadão com direito a voto; demorando a extração, expedição ou entrega de documentos eleitorais.

Figuremos que *faltou à exação no cumprimento* ão dever (arts. 210, 211 e 212), incorrendo, por frouxidade, indolência, omissão, ou descuido, em algum dos crimes anteriores. infringindo as leis do processo, demorando a execução de ordens ou requisições ilegais, sem motivo prudente, para entrar em dúvida sobre a sua autenticidade, supô-las alcançadas ob-repticiamente, ou lhes atribuir grave perigo.

Demos que caiu em *suborno* (art. 215), deixando-se corromper, por influência, ou sugestão, para delongar, omitir, praticar, ou deixar de praticar atos de seu cargo.

Imaginemos que incorreu em *concussão* (art. 219), obrigando os contribuintes ao pagamento de mais do que devem, impondo-lhes na arrecadação gravames extralegais, aceitando ofertas, ou recebendo dádivas, em atos do emprego.

Admitamos que resvalou em *peculato* (art. 221), subtraindo documentos da fazenda.

Ponhamos a hipótese de que cometeu *excesso ou abuso* (arts. 226, 230, 231, 233, 235, 236), transpondo os limites das suas funções; continuando a exercê-las após a ciência de sua demissão, suspensão, remoção, ou substituição; ultrapassando o prudente arbítrio de repreender ou corrigir, ofendendo, ultrajando ou maltratando os subalternos; cometendo violências no exercício do emprego, a pretexto dele; comerciando, contra a disposição que o veda aos Governadores, magistrados, oficiais de Fazenda e militares; solicitando mulher, que tenha questão pendente da sua autoridade, ou seqüestando-a, se estiver presa, reclusa, ou depositada sob a sua guarda.

Concedamos, enfim, que praticou *irregularidade* (art. 238), entregando-se a jogos proibidos, a embriaguês reiterada, ou havendo-se inepta e desidiosamente no desempenho de suas funções.

Essas faltas, essas culpas, esses crimes são o que forma o cabedal quotidiano da censura salutar exercida pela imprensa sobre o funcionalismo civil, ou militar, administrativo ou judiciário, político ou parlamentar, nacional ou local. Na sua generalidade não deixam tais infrações documentos, ou vestígio. Em quase todas fácilimo é aos delinquentes, apoiados nos onímodos recursos da autoridade, subtraindo papéis, eliminando escritos, explorando interesses, dominando subalternidades, abalando fraquezas, prometendo, ameaçando, obsequiando, varrer inteiramente os elementos acusadores e preordenar, ou compor depois a defesa completa. Na quase totalidade dos casos todos os resquícios visíveis do delicto, submetidos a mani-

pulações hábeis, se volatilizam, deixando em torno do nome increpado um alvor de inocência desneveda.

Decretada, pois, a ação pública, extensiva a todas essas modalidades criminais do abuso no funcionalismo, a imprensa teria necessariamente que se amordaçar. Possuísse embora todos os elementos morais de certeza, colhesse as informações na própria nascente, reunisse as confidências mais absolutamente verazes, apurasse as circunstâncias mais concludentes, visse, palpasse, lesse com os próprios olhos em papéis de ordem reservada o corpo de delito. Nada, ainda assim., poderia divulgar, não podendo exhibir os documentos, que devassara, não podendo contar com as testemunhas, que a dependência. ou o egoísmo tornaria a desmentir as suas mesmas revelações, não podendo envolver em ódios, ou prejuízos, os auxiliares desinteressados, que a serviram. Ou calar, pois, ante os cardumes de faltas oficiais, que a impossibilidade absoluta de comprovação legal protege, ou expor-se a um processo cada manhã, a nuvens de processos constantemente.

A nuvens de processos dizemos. de propósito; porque, instituído o regime da ação pública em todas as arguições qualificáveis de calúnia, ou injúria contra a autoridade, tomamos o compromisso de apontar em cada número da *Gazeta*, da *Notícia*, ou do *Jornal do Commercio*, fundamento jurídico para a denúncia oficial contra a redação dessas folhas. Felizmente a *Gazeta* já lavrou o seu protesto com o brilho, que cintila sempre dos seus escritos. As outras naturalmente continuam a louvar o projeto, porque ainda o não estudaram com a lente, de que nos acabamos de servir.

Se ele vingar, estará fundada a irresponsabilidade universal do funcionalismo, e reduzida a uma farsa a publicidade. Não nos poderemos queixar mais nem das omissões do correio no transporte e distribuições das nossas folhas, nem do secreta, que, na rua, as arrebatam aos entregadores, e rompê-las. Bastará uma ordem verbal, passada pelo Ministro aos empregados postais, para circunscrever um jornal à cidade, onde se publica, e uma senha da polícia aos seus agentes, para abafar aí mesmo a circulação da folha. Mas para quê? O sistema da ação pública, ainda mais severo que o da prévia censura, terá exercido a ação depuradora sobre a própria pena do jornalista.

Possuiremos, nessa bela época, um jornalismo capão. Haverão escritores testicondos. Restarão ainda jornais, papel sujo, guardanapos de taberna.

Mas a imprensa estará abolida.



ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA  
ESCOLA JUDICIÁRIA ELEITORAL DA BAHIA  
1ª Av. do Centro Administrativo da Bahia, 150  
CAB, Salvador - BA - 41.745-901 - Brasil  
[www.tre-ba.jus.br](http://www.tre-ba.jus.br) | [aje@tre-ba.jus.br](mailto:aje@tre-ba.jus.br)  
55 71 3373-7445